REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 29 – ANO 5

SETEMBRO E OUTUBRO 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 33

c) Agravos Internos 105

d) Apelações 111

e) Mandados de Segurança 382

Seção de Direito Público

a) Agravos de Instrumento 396

b) Agravos Internos 448

c) Apelações 455

d) Apelações/Remessas Necessárias 536

e) Conflitos de Competência 560

f) Embargos de Declaração 569

g) Mandados de Segurança 574

2- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos em Execução Penal 587

b) Apelações 597

c) Embargos de Declaração 710

d) *Habeas Corpus* 717

e) Mandados de Segurança 741

f) Procedimentos Investigatórios Criminais 748

g) Recursos em Sentido Estrito 752

h) Remessas Necessárias 755

i) Revisões Criminais 758

3- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 767

b) Agravos Internos 838

c) Agravos Regimentais 851

d) Conflitos de Competência 857

4- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Agravos Internos 880

b) Apelações 884

c) Apelações/Remessas Necessárias 893

c) Conflitos de Competência 910

d) *Habeas Corpus* 918

e) Remessas Necessárias 934

5- Câmara Especial de Presidentes 941

6- Conselho Superior da Magistratura 971

7- Noticiário 985

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. 29, set./out. 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**

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
Desembargador CARLOS ALEKSANDER ROMANO BATISTIC GOLDMAN*

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
Desembargador GILSON DELGADO MIRANDA**

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 — quinzenal — 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 510)

31ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador FRANCISCO Antonio CASCONI
Desembargador PAULO Celso AYROSA Monteiro de Andrade***
Desembargador ANTONIO RIGOLIN
Desembargador ADILSON DE ARAUJO
Desembargador CARLOS NUNES Neto
Desembargador JOSÉ AUGUSTO GENOFRE MARTINS*

32ª Câmara de Direito Privado (sala 612 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador RUY COPPOLA
Desembargador KIOITSI CHICUTA
Desembargador FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR
Desembargador Luis FERNANDO NISHI***
Desembargador CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA
Desembargadora MARIA CLÁUDIA BEDOTTI*

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 601/602 — 2ª 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

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 SÉRGIO Seiji SHIMURA
Desembargador MAURÍCIO PESSOA***

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

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**

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**

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 501)

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 — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 601)

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 601 — 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**

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
Desembargador Luiz OTAVIO de Oliveira ROCHA

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
Desembargador ROBERTO Teixeira Pinto PORTO
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 201/203 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 2226218-57.2017.8.26.0000, da Comarca de Martinópolis, em que são autores JOSE MARIA SANCHES NETO e LUCIA HELENA HONORIO SANCHES, é réu BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.451)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente), WALTER FONSECA, GIL COELHO, JACOB VALENTE, TASSO DUARTE DE MELO e SANDRA GALHARDO ESTEVES.

São Paulo, 16 de agosto de 2018.

CERQUEIRA LEITE, Relator

Ementa: Ação rescisória - Petição inicial - Indeferimento - Autores instigados à instrução com os documentos necessários - Negligência - Hipótese em que é manifesta a inadequação - Acórdão do tribunal não juntado, exceto o de outra Câmara que não conheceu de recurso de apelação em virtude de prevenção - Coisa julgada que concerne ao indeferimento de petição inicial de ação de execução de título extrajudicial, por inépcia - Expurgo de correção monetária sobre contas de poupança - Decisão sem resolução de mérito, como exige o art. 966 do novo CPC para a ação rescisória - Decisão também não amoldável ao §2º do artigo em questão - Indeferimento nos termos do art. 968 c.c. o art. 321, ambos do novo CPC.

Acesso ao Sumário

VOTO

Expondo que formaram litisconsórcio contra o réu, nos autos de ação de remuneração dos expurgos sobre os saldos de contas de poupança por ocasião de plano econômico governamental de janeiro de 1989, julgada procedente no sentido de condenar o réu ao pagamento do IPC de 70,28%, mas ocorreu que as Leis n. 7.730/89, art. 17, inciso I, e 8.177/91, art. 26, modificaram os rendimentos da caderneta de poupança e, conforme entendem, não se aplicam no mês de janeiro de 1989 sob pena de lesão ao direito adquirido. Por isso, o índice aplicável no mês de janeiro de 1989 é o acumulado de 67,428% com base na LFT - Letras Financeiras do Tesouro Nacional, sendo vedado qualquer efeito retroativo da Resolução n. 1.338/87, inclusive diante do art. 119, parágrafo único, do Código Civil revogado e do art. 127 do novo Código. Em longas razões, censuram a decisão do juízo de primeiro contra o índice e o acórdão da C. 18ª Câmara de Direito Privado que não conheceu do mérito e ordenou a redistribuição. Por isso, não existe uma definição clara do índice com relação a todo o mês de janeiro de 1989, sem a aplicação retroativa da nova norma aos contratos pretéritos. Entendem que houve uma redução do período de 51 para 31 dias e do índice de 70,28% para 42/72%, ou seja, simplesmente o achatamento da inflação e a marginalização de 20 dias de forma ilegal e inconsequente, motivo pelo qual cobram do Judiciário coerência com a Lei n. 7.730/89 e com a Portaria Interministerial n. 202/89. Sustentam a imprescritibilidade e o cabimento da ação rescisória, visto que o resultado em recurso especial, precedido de recurso de apelação e seguido de agravo interno, foi publicado no DJU de 09.10.17. Intentam que o resultado anterior seja modificado e que o réu venha a ser condenado ao pagamento das diferenças de correção monetária sobre os saldos de contas de poupança na segunda quinzena de janeiro de 1989, pelo IPC de 42,72% e juros remuneratórios de 0,5%, menos o que foi pago, atualizado e com juros de mora de 1% ao mês. Alternativamente, pretendem que os saldos das contas de poupança da segunda quinzena de janeiro de 1989 sejam atualizados pelo índice do art. 17, inciso I, da Lei n. 7.730/89, mais juros remuneratórios, juros de mora, atualização e ônus de sucumbência.

Exarada decisão pelo relator sorteado, instigando os autores à instrução da petição inicial, em sendo a ação rescisória a acórdão nos autos de processo físico, juntaram manifestações no sentido de que não foi "*alcançado o efetivo resultado relacionado ao mérito da causa*" (fls. 91) nos autos de ação de execução de título extrajudicial.

Mais uma vez instados à instrução da petição inicial, os autores voltaram a se manifestar em longo arrazoado (fls. 112/127).

É o relatório.

A petição inicial da ação rescisória não está em condições de ser recebida.

Acesso ao Sumário

Adiante-se que a ação é contra o julgamento de execução de título extrajudicial ajuizada pelos autores com o intuito de receberem o expurgo de correção monetária de contas de poupança diante de plano econômico governamental no mês de janeiro de 1989.

A execução ajuizada pode ter algum nexo com a ação de cobrança julgada por sentença prolatada nos idos de março de 1998, cujo acórdão da Col. 2ª Câmara do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil deu provimento parcial ao recurso do réu em fevereiro de 2003, estabelecendo a dicotomia entre contas com aniversário na primeira quinzena e contas contratadas ou renovadas depois de 15 de janeiro de 1989.

Entretanto, o "***decisum***" que os autores pretendem rescindir não é desse processo, e sim de ação de execução de título extrajudicial, sem o zelo de trasladar o acórdão da C. 11ª Câmara de Direito Privado no recurso de apelação n. 0051462-45.2011.8.26.0346.

O acórdão trasladado a fls. 60/63 é da C. 18ª Câmara de Direito Privado e não conheceu o recurso de apelação diante da prevenção da C. 11ª Câmara.

Negligentemente os autores não trouxeram o acórdão da C. Câmara preventa e, dispersamente, juntaram decisões do Col. STJ que não conheceram do agravo em recurso especial e negaram provimento a agravo interno.

Ora, observa-se do sucinto relatório do acórdão da C. 18ª Câmara que a sentença apelada foi de extinção do processo, sem resolução de mérito por inépcia da petição inicial.

Em síntese, a petição inicial é em emaranhado e eis o motivo pelo qual os autores não instruem a ação rescisória adequadamente, pois, se o fizessem, de plano perceber-se-ia que a coisa julgada não é de mérito e não admite a ação rescisória ajuizada.

Com efeito, o art. 966 do novo CPC estatui que a decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida.

Excepcionalmente, o §2º do art. 966 permite a ação rescisória de decisão transitada em julgado que impeça nova propositura da demanda ou a admissibilidade do recurso correspondente.

O indeferimento da petição inicial inepta não impede nova propositura ou será obstativo do recurso de apelação e dos recursos ao Col. STJ se ainda forem tempestivos.

Logo, a ação rescisória não é o meio adequado e o deslinde é o indeferimento da petição inicial nos termos do art. 968 c.c. o art. 321, ambos do novo CPC.

Diante do exposto, indefere-se a petição inicial da ação rescisória.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2002414-10.2018.8.26.0000, da Comarca de Guararapes, em que é autora MARIA CRISTINA NERES ANTONELLO, são réus RENATA FERRO RIBEIRO ALVES e MARCELO GOBBO ALVES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram a petição inicial e declararam extinta a ação rescisória sem resolução do mérito. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 33769)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO GIAQUINTO (Presidente), CARLOS ABRÃO, NELSON JORGE JÚNIOR, TAVARES DE ALMEIDA, MELO COLOMBI e THIAGO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 23 de agosto de 2018.

LÍGIA ARAÚJO BISOGNI, Relatora

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA - Alegação da autora de violação de norma jurídica e erro de fato - Inocorrência - Pretensão com finalidade de rediscussão da causa originária - Impossibilidade sob pena de ofensa ao princípio constitucional da coisa julgada - Hipótese, ademais, em que o v. acórdão rescindendo, analisando o caso, deu interpretação jurídica que lhe parecia mais adequada - Indeferimento da petição inicial e extinção da ação rescisória sem resolução do mérito, nos termos dos arts. 330, inciso I e 485, inciso I, ambos do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de ação rescisória ajuizada por Maria Cristina Neres Antonello contra Renata Ferro Ribeiro Alves e Marcelo Gobbo Alves, com fundamento nos incisos V e VIII, do art. 966, do Código de Processo Civil, em relação ao trânsito em julgado do v.acórdão ocorrido em 20.04.2017, proferido pela Egrégia 13ª Câmara de Direito Privado, de lavra do eminente Desembargador CAUDURO PADIN, que, nos autos dos embargos que opôs à execução que lhe foi ajuizada por Renata Ferro Ribeiro Alves e Marcelo Gobbo Alves, extinguiu a execução contra os embargantes Sílvio Marcos Antonello Júnior e Elisângela Aparecida Duarte Antonello, por ilegitimidade passiva, nos termos do art. 267, inciso VI,

do CPC revogado (fls. 1.640/1.646).

2. De início, a pretensão de concessão dos benefícios da justiça gratuita levantada pela autora, Maria Cristina Neres Antonello, restou indeferida por esta Relatora às fls. 1.663/1.664, já que não evidenciada a insuficiência de recursos preconizada pelo art. 98, do CPC, ocasião em que foi assinalado à autora o prazo de cinco dias para o recolhimento do valor do preparo, sob pena de indeferimento da inicial.

Devidamente intimada (fls. 1.665), a autora efetuou o recolhimento do preparo (fls. 1.667/1.678).

3. Em contestação os réus sustentam, em apertada síntese, que a matéria ventilada e ora rebatida já havia sido discutida em processos anteriores, e não pode ser objeto para propositura de ação rescisória (fls. 657/714).

É o Relatório.

No mais, conforme se infere dos autos, em 26.05.2009, Maria Cristina Neres Antonello, Lívia Maria Neres Antonello, Larissa Maria Neres Antonello e Sílvio Marcos Antonello Júnior (vendedores) firmaram compromisso de venda e compra de imóvel urbano (situado na Rua Maestro Pedro Salla, nº 425, Guararapes/SP) com Marcelo Gobbo Alves e Renata Ferro Ribeiro Alves (compradores), assinando Elisângela Aparecida Duarte Antonello como anuente/interveniente, por ser casada com o compromissário-vendedor Sílvio, tendo como forma de pagamento o valor total de R$ 27.000,00 + 01 veículo Meriva + R$ 2.000,00, tendo os réus pago e a autora e seu filhos recebido o importe de R$ 27.000,00 como sinal.

Entretanto, em 10.06.2009, a autora procurou os réus para desfazimento do negócio, restituindo o valor do sinal com cheque sem provisão de fundos.

Os réus (Renata Ferro Ribeiro Alves e Marcelo Gobbo Alves) ajuizaram ação de execução para cumprimento de contrato de compra e venda (fls. 27/35), figurando como compradores, eis que houve a desistência de compra e venda por parte da autora e seus filhos (fls. 19/25).

Sustenta a autora que o v. acórdão não deve prevalecer, pois o contrato de compra e venda é nulo, tendo em vista que a sra. Larissa Maria Neres Antonello, hoje, com plena capacidade, era, a época da confecção do contrato, menor púbere, não podendo firmar venda sem a expedição de alvará, principalmente porque, apesar de constar que era emancipada, não havia nenhum documento que pudesse comprovar tal assertiva, havendo manifesta violação de norma jurídica; diz que os réus/exequentes cobram o valor em triplo de arras, constando tal previsão no contrato particular firmado entre as partes (cláusula 10ª - fls. 31), contudo, tal conduta é totalmente absurda e exorbitante, pois, conforme art. 26, inciso I, da Lei nº 6.799/79, a cláusula penal em contrato de compra e venda "nunca" (fls. 06) pode ser superior a 10%, bem como excesso de cláusulas penais

Acesso ao Sumário

que anulam o contrato por si só, a exemplo do parágrafo único, da cláusula 4ª (fls. 29), portanto, teve que arcar com ônus superior ao permitido, perdendo a propriedade do bem imóvel; discorre, ademais, que o Sr. Sílvio foi excluído do polo passivo da execução, tendo em vista ter sido comprovada a falsidade da assinatura constante do contrato, entretanto, a execução foi proposta contra todos os contratantes, sendo estes, solidários passivos do negócio jurídico, conforme disposição do art. 114, do Código de Processo Civil, razão pela qual pretende seja rescindido o acórdão, com a prolação de novo julgamento, nos termos do art. 968, incisos V e VIII, do Código de Processo Civil.

Com a finalidade de se afastar as distorcidas assertivas lançadas pela autora por meio desta ação rescisória, é de se pontuar primeiramente que configurada a **ilegitimidade** da autora para impugnar a nulidade do contrato de compra e venda em relação à Larissa Maria Neres Antonello, sob argumento de que era, a época da confecção do contrato, menor púbere, e hoje, conforme afirmado pela autora, com plena capacidade, na medida em que a ninguém é dado pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico (art. 18, do Código de Processo Civil). Portanto, só o titular do direito é que pode fazer a defesa de seus eventuais interesses, pela via própria.

Ademais, constou que Larissa Maria Neres Antonello era "**emancipada**" (cf. certidão de emancipação - fls. 1.101) quando da assinatura do contrato (fls. 27/32).

Demais a mais, a presente matéria já foi discutida pelo juízo de direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Guararapes/SP, em 09.01.2013, com trânsito em julgado da referida sentença em 07.02.2013.

De outro lado, **repito**, as demais argumentações da autora, é mais uma alternativa para arrastar o feito que se iniciou em execução de título extrajudicial entre herdeiros de um imóvel (vendedores) e compradores (Renata Ferro Ribeiro Alves e Marcelo Gobbo Alves), cujos vendedores (autora e seus filhos) desistiram da venda, e tiveram que responder pelas arras de arrependimento.

A autora, através da interposição de inúmeros incidentes que utilizou para tumultuar o processo, todos infrutíferos, acabou por resultar na adjudicação do imóvel, em 01.06.2010 (fls. 131) (objeto da penhora), cuja carta de adjudicação foi expedida em 19.07.2010 (fls. 141/142).

Acesso ao Sumário

Entretanto, mesmo assim, os vendedores (Sílvio e sua Mulher) provaram, através de ação declaratória e embargos, a falsidade na assinatura (cf. laudo pericial de fls. 120/128, e também de fls. 850/879), e foram excluídos da lide (conforme sentença proferida na ação declaratória de nulidade - Processo nº 0003087-77.2009.8.26.0218 - fls. 215/216), todavia, a execução prosseguiu contra a Sra. Maria Cristina Neres Antonello (viúva) - fls. 214/215.

O v. acórdão digitalizado às fls. 351/358 reconheceu a ilegitimidade

passiva do embargante Sílvio para figurar no polo passivo da execução, a mesma solução aplicada a sua esposa, Elisângela (fls. 1.197/1.205), com trânsito em julgado em 31.03.2014 (fls. 1.207).

Por oportuno, a autora ainda tentou arguir a impenhorabilidade do bem, sob argumento de tratar-se de bem de família, todavia, a Magistrada rejeitou tal pedido, sob argumento de que, no contrato de compromisso de compra e venda, a autora e suas filhas contrataram, de livre e espontânea vontade, sendo reconhecida a validade do referido acordo em relação a elas, prevalecendo os princípios da boa-fé contratual e da obrigatoriedade (fls. 268/269). Da referida decisão, a autora ainda interpôs recurso de Agravo de Instrumento nº 2078568-11.2014.8.26.0000, cuja r. decisão de primeiro grau restou mantida (fls. 379/383), com certidão de trânsito em julgado em 19.08.2014 (fls. 384).

Posteriormente, foi emitido "Mandado de Imissão na Posse" de referido imóvel, aos ora réus, Renata Ferro Ribeiro Alves e Marcelo Gobbo Alves (fls. 298), com ciência/intimação da autora sobre referido cumprimento (fls. 311/313).

Com relação à alegação da autora de excesso de execução, em razão de cláusula penal superior a 10%, tal matéria também restou decidida quando do julgamento da ação declaratória de nulidade interposta pelo filho da autora (que figura como executado na ação executiva, Processo nº 0003087-77.2009.8.26.0218), com trânsito em julgado do v. acórdão em 07.01.2014 (fls. 1.313/1.317).

Ou seja, todos os pedidos da autora já foram discutidos e decididos, entretanto, se repetem na presente rescisória.

No caso concreto, não há que se falar que os v. acórdãos rescindendos houve-se com violação de norma jurídica ou fundados em erro de fato. Na verdade, os fundamentos trazidos pela autora na sua inicial, buscam, indiretamente, rediscutir os fatos e fundamentos do que já restou amplamente discutido/decidido. E, assim, não se presta a ação rescisória para tal mister.

Destarte, a alegada ofensa a violação de norma jurídica, pressupõe aberração da discrepância de interpretação consagrada no acórdão rescindendo, em relação aos demais julgados, fato que a toda evidência não ocorreu. Tampouco, pode-se admitir a rescisão do julgado sob a invocação de que se deve dar melhor interpretação da norma jurídica aplicada ao caso.

Ora, "o erro de fato se substancia na falta de percepção ou falsa percepção a respeito da existência ou inexistência de um fato incontroverso e essencial à alteração do resultado da decisão; uma e outra, na sua materialidade, emergentes dos autos do processo onde foi proferida a decisão rescindenda e configuradas, respectivamente, 'por uma falha que escapou à vista do juiz no compulso dos autos do processo' ou por uma suposição inexata" (SÉRGIO RIZZI - Ação

Acesso ao Sumário

Rescisória; ed. RT, 1979, pág. 117).

"O erro de fato, suscetível de fundamentar a rescisória, é precisamente o averiguável mediante o exame das provas já existentes no processo, não aquele cuja correção requeira a produção de novas provas no juízo rescisório" (RTJ 132/1.119 - a citação é do voto do Min. Gallotti, p. 1.121, cf. Theotonio Negrão, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Ed. Saraiva, 47ª ed., p. 869, nota 37-a ao art. 966).

E conclui: "É defeso produzir provas novas no juízo rescindente. A proibição é de fácil justificativa, porquanto se o erro da sentença deve transparecer imediatamente nos autos do processo findo, não faz sentido que haja produção de novas provas, estranhas ao processo encerrado, justamente para ressaltar o que deveria ser evidente. O requisito de se utilizar apenas o material do processo encerrado, como prova do erro, traz, como corolário, a agilidade na percepção do erro. Este só pode ser apreendido ictu oculi, numa vista de olhos, 'através do simples exame dos autos', razão pela qual deve ser patente, manifesto, de tal sorte saliente, que (findo), sem necessidade de argumentação indutiva, no sentido que deve ser erro de percepção e não de critério interpretativo do juiz" (p. 120).

Neste sentido, "RESCISÓRIA - Erro de fato - Somente se admite a rescisória fundada no inciso IX do artigo 485 do Código de Processo Civil, quando for razoável presumir que o juiz não teria julgado como o fez se tivesse atentado para a prova e não quando a apreciou e, bem ou mal, firmou sua convicção - Após a homologação do acordo celebrado entre as partes, a autora não se manifestou a respeito da satisfação de seu crédito, mesmo diante da expressa ressalva no sentido de que seu silêncio acarretaria a extinção do feito - Ação rescisória não pode ser utilizada como sucedâneo recursal por quem perde o prazo para a interposição do recurso cabível - Ação improcedente." (TJSP - Rescisória nº 0069950-24.2008.826.0000 - 20ª Câmara de Direito Privado - Relator: ÁLVARO TORRES JÚNIOR - Data do Julgamento: 02/09/2013).

Acesso ao Sumário

Como se disse, anteriormente, a autora busca rediscutir no âmbito do justo ou injusto das razões das decisões, em ofensa ao princípio constitucional da coisa julgada.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, "a violação de lei deve ser literal, direta, evidente, dispensando o reexame dos fatos da causa" (AR 3.730/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/08/2016, DJe 01/09/2016), do que se depreende que não basta qualquer violação à norma, exigindo-se uma violação qualificada por ser manifestamente contrária aos ditames da lei, sem falar que não se caracteriza a violação decorrente a divergência interpretativa sobre o tema (Súmula 343 do STF).

Destarte, não há motivo legal que dê azo ao acolhimento do pedido

rescisório, o qual, evidentemente, brota do inconformismo da autora com a justiça da decisão atacada, o que não pode ser questionado por esta via.

Dessa forma, não estando caracterizada qualquer das hipóteses legais para o ajuizamento da rescisória, o indeferimento da petição inicial é medida que se impõe.

Pelo exposto, com base no art. 330, inciso I, do novo Código de Processo Civil, indefiro a petição inicial e declaro extinta a ação rescisória sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, inciso I, do mesmo diploma legal. Em razão da sucumbência, condeno a autora no pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 2.500,00, nos termos do art. 85, parágrafo 8º, do Código de Processo Civil, convertendo o depósito de fls. 1.671 na multa prevista no art. 968, inciso II, do Código de Processo Civil, caso o julgamento se dê por unanimidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2119946-05.2018.8.26.0000, da Comarca de Votuporanga, em que é autora ROSEMARY LAZARO DA ROCHA COSTALONGA, é réu BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram extinto o processo, com resolução do mérito. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33597)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores. ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA (Presidente sem voto), IRINEU FAVA, JOÃO BATISTA VILHENA, PAULO PASTORE FILHO, AFONSO BRÁZ, HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO e HELIO FARIA.

São Paulo, 2 de outubro de 2018.

SOUZA LOPES, Relator

Ementa: Rescisória - Decadência - Ajuizamento após o prazo de dois anos previsto no artigo 975, caput, do NCPC - Extinção, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, II, do mesmo Codex.

VOTO

Cuida-se de ação rescisória intentada por ROSEMARY LAZARO DA ROCHA COSTALONGA contra BANCO DO BRASIL S/A, sob alegação de

ofensa à coisa julgada.

Sustenta que ingressou com o cumprimento de sentença da ação civil pública promovida pelo IDEC, buscando receber os expurgos inflacionários do plano verão. Dentre outras questões, as partes discutiram a incidência dos juros de mora, tendo o Banco interposto agravo de instrumento, que foi parcialmente provido, para determinar a contagem a partir da citação no cumprimento de sentença, ignorando-se a decisão transitada em julgado na ação civil pública, que previu a incidência a partir da citação naqueles autos. Ressalta que os embargos de declaração foram rejeitados, o recurso especial teve seguimento negado e o agravo interno sequer foi conhecido, tendo o v. Acórdão transitado em julgado. Aduz que é possível o ajuizamento da rescisória após transcorrido o prazo de 02 anos, pois, visa prestigiar a imutabilidade da sentença proferida na ação civil pública.

É o relatório.

O artigo 975, *caput*, do NCPC estabelece expressamente: "*o direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.*"

No presente caso, como se vê a fls. 253, o trânsito em julgado da decisão que a autora busca rescindir ocorreu em 31/05/2016, contudo, a ação somente foi ajuizada em 13/06/2018, portanto, operou-se a decadência.

Vale anotar que a própria autora confirma que não observou referido prazo, contudo, tenta justificar-se na prevalência da imutabilidade da decisão transitada em julgado na ação civil pública.

Ocorre que não é possível a interpretação extensiva pretendida pela autora, pois, os requisitos para ajuizamento da ação rescisória estão expressos na lei.

Caso idêntico foi analisado por este 9º Grupo de Câmaras, em 14/08/2018, tendo como Relator o insigne Desembargador Ramon Mateo Júnior, valendo o destaque:

"*Os autores acostaram cópia do v. acórdão recorrido (fls. 192/198 (com embargos de declaração rejeitados fls. 207/210), assim como do Recurso Especial (fls. 215/228), ao qual foi negado seguimento pela Presidência da Seção de Direito Privado (fls. 285/286) e da respectiva certidão de trânsito em julgado ocorrido em 08/06/2015 (fls. 288).*

Tendo em vista que a ação rescisória foi ajuizada em 08/06/2018 (fls. 01), ou seja, exatamente um ano após já transcorrido o prazo de dois anos (08/06/2017), cabe julgar extinto o processo, reconhecendo-se a decadência.

Isso porque a decisão proferida em sede de agravo de instrumento recebe proteção constitucional (art. 5º, XXXVI, da CF), conferindo segurança jurídica às decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Não por outro fundamento o

Acesso ao Sumário

Colendo Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 401:

'O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial.'

Foi exatamente o que ocorreu no caso em espécie. Os fundamentos para o respectivo ajuizamento da ação rescisória são expressos assim como o prazo decadencial de 02 anos que se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial.

A ação rescisória ajuizada após o prazo decadencial não é meio de substituição de recurso não interposto pela parte, no momento e prazo próprio.

Logo, não há como se admitir interpretação extensiva, como pretende a parte autora, valendo aqui lembrar aquela velha expressão em latim: 'dormientibus non succurrit jus'.

De fato a ação rescisória é ação desconstitutiva com prazo de exercício previsto em lei, tal prazo é de decadência de modo que não se interrompe nem se suspende. Vencido o prazo o direito não pode mais ser exercido."

A questão, portanto, não exige maiores divagações, a presente ação é intempestiva.

Ante o exposto, julga-se extinto o processo, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, II, do novo CPC, arcando a autora com as custas e as despesas processuais até então existentes, observando-se que trata de beneficiária da justiça gratuita.

Não haverá condenação em honorários advocatícios, tendo em vista a ausência de manifestação da parte contrária.

Agravos de Instrumentos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2214713-69.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes B.B.B. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), C.B.B. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e R.G.B., são agravados B.B.B., O.B.J. e C.B.B.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do

Acesso ao Sumário

Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29917/TJ)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCIA DALLA DÉA BARONE (Presidente) e GIFFONI FERREIRA.

São Paulo, 20 de agosto de 2018.

ALVARO PASSOS, Relator

Ementa: ALIMENTOS - Pedido formulado em face do genitor, além dos avós paternos - Impossibilidade - Obrigação alimentar dos avós - Natureza sucessiva e complementar - Ausência de demonstração da impossibilidade ou recusa do genitor - Decisão mantida, ratificando-se seus fundamentos, a teor do art. 252 do RITJSP - Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão que, nos autos de ação de alimentos, indeferiu o pedido de inclusão dos avós paternos no polo passivo da ação.

Inconformadas, pretendem as agravantes ver revista tal decisão, pelos motivos expostos na minuta de fls. 01/15.

Indeferida a tutela recursal requerida (fls. 17), com apresentação de contraminuta (fls. 42/47) e parecer da Procuradoria Geral de Justiça (fls. 49/54), encontrando-se em termos, os autos foram remetidos para julgamento.

As partes não manifestaram oposição ao julgamento virtual nos termos da Resolução nº 772/2017.

É o relatório.

A r. decisão deve ser confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir pelo improvimento do recurso, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Tal dispositivo estabelece que "*Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*", e tem sido amplamente utilizado por suas Câmaras, seja para evitar inútil repetição, seja para cumprir o princípio constitucional da razoável duração dos processos[1].

Acesso ao Sumário

1 Anote-se, dentre tantos outros: AI nº 99010271130-7, Rel. Des. Caetano Lagrasta, em 17/09/2010; Apelação 99109079089-9, Rel. Des. Moura Ribeiro, em 20/05/2010; Apelação n° 990.10.237099-2, Rel. Des. Luiz Roberto Sabbato, em 30.06.2010; Agravo de Instrumento 99010032298-2, Rel. Des. Edgard Jorge Lauand, em 13/04/2010; Apelação 991.09.0841779, Rel. Des. Simões de Vergueiro, em 09/06/2010; Apelação

O COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA tem prestigiado este entendimento quando predominantemente reconhece "*a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum*" (REsp nº 662.272-RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. de 4.9.2007; REsp nº 641.963-ES, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. de 21.11.2005; REsp nº 592.092-AL, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.12.2004 e REsp nº 265.534- DF, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j de 1.12.2003).

No caso em apreço, observo que a ação foi proposta em face do pai das menores, além dos avós paternos destas.

Com efeito, não há prova inequívoca da impossibilidade do genitor em arcar com os custos da pensão, um dos requisitos capazes de autorizar a inclusão dos avós paternos no polo passivo da ação.

Frise-se, não há falar em solidariedade dos avós em razão do descumprimento de obrigação alimentar pelo genitor, posto que não há sequer alimentos fixados para as autoras.

Logo, ainda pendente de acertamento a questão da obrigação alimentar do genitor - cujo dever é primário, indesviável, inerente ao próprio poder familiar -, é nitidamente precipitada a pretensão ora deduzida em face dos avós paternos, pois não se pode concluir, com segurança, que o pai não dispõe de meios para suprir, satisfatoriamente, a necessidade das filhas.

E, nos termos do artigo 1.696, do Código Civil de 2002 "o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros."

Ao que se vê, o legislador determinou uma ordem sucessiva de chamamento à responsabilidade de prestar alimentos, obrigando-se primeiramente os parentes mais próximos em grau e, apenas na falta ou na impossibilidade destes de prestá-los, a obrigação deve recair sobre os parentes mais remotos, obedecendo-se a ordem legal, obviamente.

Destarte, é premissa incontornável para a fixação de encargo alimentar em desfavor dos avós que os pais sejam ausentes ou não tenham, comprovadamente, condição financeira de suprir todas as demandas dos filhos. Fala-se, assim, que a responsabilidade dos avós de prestar alimentos aos netos é de natureza subsidiária e complementar à dos pais.

991000213891, Rel. Des. Paulo Roberto de Santana, em 09/06/2010; Apelação nº 99208049153-6, Rel. Des. Renato Sartorelli, em 01/09.2010; Apelação nº 992.07.038448-6, São Paulo, Rel. Des. Cesar Lacerda, em 27/07/2010; Apelação nº 99206041759-4, Rel. Des. Edgard Rosa, em 01/09/2010; Apelação nº 99209075361-4, Rel. Des. Paulo Ayrosa, em 14/09/2010; Apelação nº 99202031010-1, Rel. Des. Mendes Gomes, em 06/05/2010; Apelação nº 99010031067-4, Rel. Des. Romeu Ricupero, em 15/09/2010.

Acesso ao Sumário

Sobre o tema, colhe-se o seguinte entendimento doutrinário: "Assim, duas circunstâncias abrem oportunidade para a convocação do ascendente mais remoto à prestação alimentícia: a falta de ascendente em grau mais próximo ou a falta de condição econômica deste para fazê-lo; o grau mais próximo exclui aquele mais remoto, sendo o primeiro lugar na escala dos obrigados ocupado pelos genitores; apenas se faltam os genitores, ou se estes se encontram impossibilitados financeiramente de fazê-lo, estende-se a obrigação de alimentos aos ulteriores ascendentes, respeitada a ordem de proximidade." (Dos Alimentos, YUSSEF SAID CAHALI, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994, p. 517).

Nessa perspectiva, é claro que, ainda não definida a questão dos alimentos devidos pelo genitor em razão do poder familiar, não se pode avançar à aferição da responsabilidade dos avós, sob pena de se atropelar a ordem sucessiva de chamamento prevista na lei civil.

Nesta linha, é entendimento consolidado do colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, que a mera alegação de impossibilidade do pai de suportar o montante pedido, por si, não viabiliza a imediata propositura de ação em desfavor do ascendente mais próximo, o qual só possui responsabilidade subsidiária na obrigação alimentar.

Neste diapasão:

> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR AVOENGA. PRESSUPOSTOS. POSSIBILIDADES DO ALIMENTANTE. ÔNUS DA PROVA. 1. Apenas na impossibilidade de os genitores prestarem alimentos, serão os parentes mais remotos demandados, estendendo-se a obrigação alimentar, na hipótese, para os ascendentes mais próximos. 2. O desemprego do alimentante primário - genitor - ou sua falta confirmam o desamparo do alimentado e a necessidade de socorro ao ascendente de grau imediato, fatos que autorizam o ajuizamento da ação de alimentos diretamente contra este. 3. O mero inadimplemento da obrigação alimentar, por parte do genitor, sem que se demonstre sua impossibilidade de prestar os alimentos, não faculta ao alimentado pleitear alimentos diretamente aos avós. 4. Na hipótese, exige-se o prévio esgotamento dos meios processuais disponíveis para obrigar o alimentante primário a cumprir sua obrigação, inclusive com o uso da coação extrema preconizada no art. 733 do CPC. 5. Fixado pelo Tribunal de origem que a avó demonstrou, em contestação, a impossibilidade de prestar os alimentos subsidiariamente, inviável o recurso especial, no particular, pelo óbice da Súmula 7/STJ. 6. Recurso não provido. (STJ, Terceira Turma, REsp 1211314/SP, Rela. Ministra NANCY ANDRIGHI, j. 15.9.2011)

Acesso ao Sumário

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE ALIMENTOS DIRIGIDA CONTRA OS AVÓS PATERNOS. AUSÊNCIA DE PRÉVIO PEDIDO EM RELAÇÃO AO PAI. RESPONSABILIDADE DOS PROGENITORES SUBSIDIÁRIA E COMPLEMENTAR. AUSÊNCIA, OUTROSSIM, DE PROVA DA POSSIBILIDADE DOS RÉUS. SÚMULA N. 7-STJ. INCIDÊNCIA. CC, ART.397. EXEGESE. I. A exegese firmada no STJ acerca do art. 397 do Código Civil anterior é no sentido de que a responsabilidade dos avós pelo pagamento de pensão aos netos é subsidiária e complementar a dos pais, de sorte que somente respondem pelos alimentos na impossibilidade total ou parcial do pai que, no caso dos autos, não foi alvo de prévia postulação. II. Ademais, a conclusão do Tribunal de Justiça acerca da ausência de condições econômicas dos avós recai em matéria fática, cujo reexame é obstado em sede especial, ao teor da Súmula n. 7. III. Recurso especial não conhecido. (STJ, Quarta Turma, REsp 576152/ES, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, j. 8.6.2010)

DIREITO CIVIL. AÇÃO DE ALIMENTOS. RESPONSABILIDADE DOS AVÓS. OBRIGAÇÃO SUCESSIVA E COMPLEMENTAR. 1. A responsabilidade dos avós de prestar alimentos é subsidiária e complementar à responsabilidade dos pais, só sendo exigível em caso de impossibilidade de cumprimento da prestação - ou de cumprimento insuficiente - pelos genitores. 2. Recurso especial provido. (STJ, Quarta Turma, REsp 831497/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. 4.2.2010)

E outros fundamentos são dispensáveis, diante da adoção integral dos que foram deduzidos na r. decisão, e aqui expressamente adotados para evitar inútil e desnecessária repetição, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

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

Pelo exposto, **nego provimento** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2165648-71.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante

G.J.H.I., é agravado N.J.A.H.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.172)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENIO ZULIANI (Presidente sem voto), ALCIDES LEOPOLDO e MAURÍCIO CAMPOS DA SILVA VELHO.

São Paulo, 13 de setembro de 2018.

NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA, Relator

Ementa: Execução de alimentos. Alegada incompetência da Justiça Brasileira. Insubsistência. Executado, ora agravante, que possui bens no Brasil. Competência, ademais, que se determina no momento do registro ou da distribuição da inicial. Inteligência dos artigos 22, I, 'b', e 43, ambos do Código de Processo Civil. Determinação de juntada de traduções juramentadas. Ônus que compete ao agravante Prova que tem por destinatário imediato o juiz da causa. Pretensa dispensa. Inadmissibilidade. Realização da prova por tradutor conveniado a este E. Tribunal não se mostra inviável, haja vista a plena capacidade financeira do requerente para arcar com os custos correspondentes. Agravo desprovido.

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto tempestivamente contra a r. decisão de pág. 16/17, que, em execução de alimentos, rejeitou pedido de reconhecimento de incompetência da jurisdição brasileira, bem como concedeu o prazo de 60 dias para que o agravante junte as traduções juramentadas dos documentos acostados aos autos, sob pena de multa.

Alega o agravante que ambas as partes são de nacionalidade americana, encontrando-se residindo nos Estados Unidos da América, configurando, assim, a incompetência absoluta superveniente da Justiça Brasileira para julgar a demanda, tendo se reportado a textos legais. Afirma o agravante que não reside no Brasil e a obrigação tampouco deve ser aqui cumprida, além do que, não se afigura razoável o dispêndio de vultosa quantia para a tradução juramentada de documentos para a apuração de eventual débito alimentar. Expõe que os documentos acostados expressam essencialmente números, que

Acesso ao Sumário

comprovam a renda do agravante, sequer havendo prejuízo ao agravado, que dispõe do inglês como língua nativa. Requer, assim, o provimento do recurso, antecedido do efeito suspensivo, para que seja reconhecida a incompetência absoluta superveniente do Juízo *a quo*, com a consequente extinção do processo; subsidiariamente, pugna seja dispensado de acostar tradução juramentada dos referidos documentos ou autorizada a apresentação de tradução simples, ou de tradutor juramentado conveniado a este E. Tribunal.

É o relatório.

2. A r. decisão agravada deve ser mantida.

A teor do artigo 22, I, 'b', do Código de Processo Civil, compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações de alimentos quando "*o réu mantiver vínculos no Brasil, tais como posse ou propriedade de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos.*"

Conforme constou da interlocutória em exame, o executado possui bens no Brasil, pág. 16, o que sequer foi questionado nas razões do recurso.

Não bastasse, convém anotar que a execução de alimentos foi ajuizada em 2013, observando-se que, a teor do artigo 43 do Código de Processo Civil, "*determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta.*"

Destarte, é inconteste a competência da Justiça Brasileira para o processamento da execução.

3. Quanto ao mais, a teor do artigo 192, parágrafo único, do Código de Processo Civil, "*o documento redigido em língua estrangeira somente poderá ser juntado aos autos quando acompanhado de versão para a língua portuguesa tramitada por via diplomática ou pela autoridade central, ou firmada por tradutor juramentado*".

Com efeito, constitui ônus do agravante - réu na execução de alimentos - a juntada das traduções juramentadas, devendo ser ressaltado que a prova tem por destinatário imediato o juiz da causa, cujo escopo é a formação da certeza no espírito do julgador em relação à matéria controvertida.

Ao que consta o agravante recebe salário mensal aproximado de R$135.000,00, logo, inviável se mostra também a realização da prova por tradutor juramentado conveniado a este E. Tribunal, pois o agravante possui plena capacidade financeira para arcar com os custos da prova em questão.

Assim, não se vislumbra equívoco na r. decisão agravada, que deverá ser mantida incólume.

4. Com base em tais fundamentos, **nega-se provimento ao agravo de**

Acesso ao Sumário

instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2187168-87.2018.8.26.0000, da Comarca de Araçatuba, em que são agravantes RODRIGO WAGNER DE FREITAS MACHADO, THIAGO AUGUSTO DE FREITAS MACHADO, BRUNO HENRIQUE DE FREITAS MACHADO e RICARDO WAGNER FERRARI MACHADO, são agravados IGOR THIAGO MINARI RAMOS e THAMIRIS NAIASHA MINARI RAMOS.

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 39.506)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVÉRIO DA SILVA (Presidente) e PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO.

São Paulo, 24 de setembro de 2018.

SALLES ROSSI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - CUMPRIMENTO DEFINITIVO DE SENTENÇA - Rejeição de exceção de pré-executividade - Afastamento da prescrição intercorrente - Pedido de reforma dos devedores - Descabimento

A) Qualificação jurídica da pretensão identificada como reparação por danos materiais de imóvel decorrentes de vícios ocultos e pagamento de Imposto Predial e Territorial Urbano referente ao período de propriedade dos alienantes - Natureza não consumerista - Prazo de prescrição trienal igualmente definido para a execução forçada por quantia certa - Afastamento do tempo decendial

B) Deferimento de suspensão por 60 dias - Prorrogação por 90 dias - Decreto em 16 de outubro de 2.013 - Iniciativa espontânea para retomada do curso do feito em 23 de novembro de 2.016 - Parâmetros incompatíveis com os requisitos para a formação do fenômeno extintivo - Ausência de intimação pessoal

Acesso ao Sumário

dos credores - Inércia jurídica não configurada

C) Omissão de veiculação da matéria pertinente à nulidade - Falta de pronunciamento específico do juízo natural da causa originária - Vedação à supressão de instância

D) Nenhuma conduta dolosa específica pode ser considerada ilicitude sujeita à pena por deslealdade - Exercício regular do direito subjetivo - Inexistência de persuasão racional de intenção de causar prejuízo efetivo

E) Decisão interlocutória mantida - Recurso improvido

VOTO

Cuida-se de Agravo de Instrumento interposto em face da respeitável decisão interlocutória (fls. 66/67) proferida pelo Meritíssimo Juiz de Direito Doutor Antonio Conehero Junior, nos autos do Cumprimento Definitivo (fl. 252) de Sentença (fls. 99/102), que rejeitou a exceção de pré-executividade (fls. 48/56), porque a alegação de prescrição intercorrente não merece acolhida, mesmo considerando que a pretensão de reparação de danos decorrente de responsabilidade civil contratual prescreve no prazo de três anos, conforme o art. 206, § 3º, inciso V do Código Civil, nota-se que a sentença transitou em julgado aos 05 de dezembro de 2.012 e o cumprimento de sentença foi iniciado logo depois aos 30 de janeiro de 2.013, por meio do processo físico, recebendo despacho inicial aos 08 de fevereiro de 2.013, havendo pedido de suspensão do cumprimento de sentença por 90 dias, deferido por decisão de 16 de outubro de 2.013, publicada aos 25 de outubro de 2.013, prazo durante o qual não corre a prescrição, tendo decorrido, sem manifestação dos credores, o processo foi remetido ao arquivo, aguardando provocação, aos 25 de junho de 2.014, sendo que aos 23 de novembro de 2.016, antes do término do tempo de três anos, os exequentes reiniciaram o cumprimento de sentença, adotando formato digital, o que não deveria ter sido admitido, o que não deveria ter sido admitido, pois essa conduta contribuiu para criar a falsa impressão de que os credores permaneceram inertes desde o trânsito em julgado e diversamente do alegado pelos devedores, não houve abandono do processo e no tocante ao excesso de execução, há preclusão, pois os devedores não apresentaram impugnação no prazo legal e a eles resta somente a possibilidade de alegar matérias cognoscíveis de ofício ou de fatos supervenientes, por simples petição e já que os executados não formularam pedidos manifestamente impossíveis e não está configurada a defesa de tese contrária a texto de lei, a conduta processual não corresponde

Acesso ao Sumário

a qualquer daquelas previstas no art. 80, inciso I a VI do Código de Processo Civil, não havendo litigância de má fé a ser declarada, sem condenação em honorários advocatícios que somente seriam devidos na hipótese de acolhimento do incidente e extinção da execução.

Oposição de Embargo de Declaração (fls. 57/64), os quais foram rejeitados (fl. 68).

Inconformados, recorreram conjuntamente os codevedores, sustentando a necessidade de sua reforma parcial, sob a razão de que o feito versa sobre reparação de ordem civil pertinente à reforma de bem imóvel, ocorrendo que o art. 206, § 3º, inciso V do Código Civil estabelece o prazo prescricional de três anos.

Prosseguiram dizendo que houve pleito de suspensão do feito no dia 08 de outubro de 2.013 e deferimento em 15 de outubro de 2.013, o qual foi para o arquivo geral, permanecendo até o retorno em 27 de outubro de 2.016, verificando-se a figura jurídica da prescrição intercorrente, devendo ser extinta a dívida, com a consequente extinção do feito, nos termos do art. 487, inciso II do Novo Código de Processo Civil.

Alegaram também que o marco inicial começou a fluir em 22 de julho de 2.013, perfazendo-se seu decurso em 25 de setembro de 2.013, conforme primeira parte do parágrafo único do art. 202 do Código Civil.

Citaram trecho de julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Bandeirante, além de pensamentos de doutrinadores.

Apontaram vício insanável que contagia o próprio título judicial, desconstituindo a coisa julgada, porque não havendo suspensão imediata do processo, a teor do art. 43, art. 265, inciso I e art. 313, todos do Código de Processo Civil, em caso de morte de uma das partes, para a regularização processual, por ausência de comunicação ao juiz, todos os atos processuais são nulos, por extinção do mandato, segundo art. 682, inciso II cumulado com o art. 692, ambos do Código Civil.

Requereram atribuição de efeito suspensivo e ao final, aguarda seja acolhido e provido o presente recurso.

O recurso foi recebido (fl. 606), com deferimento liminar da medida postulada, sem audiência da parte contrária.

Resposta (fls. 608/616) de todos os credores.

É o sucinto relatório.

O recurso não comporta provimento.

Em primeiro lugar, cumpre deixar assente que a pretensão (fls. 92/96) subjetiva deriva de uma relação jurídica de direito material, de natureza não consumerista, que busca reparação patrimonial postulada pelos adquirentes de

Acesso ao Sumário

um imóvel, em decorrência de gastos empregados para correção de defeitos ocultos e pagamento de Imposto Predial e Territorial Urbano, relativo ao período de propriedade dos alienantes, cuja regra do prazo de prescrição é definida pelo art. 206, § 3º, inciso V da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2012, que apregoa:

"*... Art. 206.* ***Prescreve****:*

§ 1º ...

3º Em ***três anos****:*

I - ...

V - ***a pretensão de reparação civil****...*" (realçamos)

É preciso dizer que se mostra coerente para vinculação à uniformidade da jurisprudência (art. 926, "*caput*", CPC/2015), no que tange ao tempo de extinção da execução, na dicção da Súmula nº 150 do Supremo Tribunal Federal corroborada pelo art. 927, inciso III da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que recomendam:

"*... Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação...*"

"... Art. 927. Os juízes e os ***tribunais observarão****:*

I - ...

IV - os enunciados das ***súmulas*** *do* ***Supremo Tribunal Federal*** *em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional...*" (evidenciamos)

Sem olvidar o lapidar ensinamento da doutrina que se extrai da obra denominada "**CÓDIGO CIVIL e legislação civil em vigor**", sob a lavra dos notáveis, Theotonio Negrão, José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli e João Francisco Naves da Fonseca - 35ª edição revista e atualizada até 17 de fevereiro de 2.017 - Editora Saraiva - página 134 (nota nº 02 - §§ 1º, 2º, 3º e 7º) e página 136 (nota nº 3 - §§ 2º, 3º e 8º), que assim explanam:

"*... **Enunciado 14 do CEJ**: '1. O início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo. 2. O art. 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou de obrigação de não fazer'".*

"O termo inicial da prescrição surge com o nascimento da pretensão (actio nata), assim considerada a possibilidade do seu exercício em juízo. Conta-se, pois, o prazo prescricional a partir da ***ocorrência da lesão, sendo irrelevante seu conhecimento pelo titular do direito****" (STJ-1ª Seção, REsp 1.003.955, Min. Eliana Calmon, j. 12.8.09, maioria, DJ 27.11.09).*

"O art. 189 do CC/02 consagrou o princípio da actio nata, fixando como dies a quo para contagem do prazo prescricional a data em que nasce o direito subjetivo de ação por violação de direito, independentemente da efetiva ciência da vítima" (STJ-3ª T., REsp 1.168.336, Min. Nancy Andrighi, j. 22.3.11, DJ

Acesso ao Sumário

16.9.11).

"... O termo a quo do prazo prescricional inicia-se a partir do momento em que é possível ao titular do direito reclamar contra a situação injurídica" (STJ-2ª T., REsp 661.520, Min. João Otávio, j. 23.10.07, DJU 6.12.07).

"... Conta-se o prazo do trânsito em julgado da sentença no processo de conhecimento (STJ-6ª T., REsp 1.125.597-AgRg, Min. Og Fernandes, j. 21.9.10, DJ 11.10.10; JTA 108/155)."

"A execução provisória corre por 'conta e responsabilidade do exequente' (art. 588, I, do CPC); o credor não está obrigado a correr esse risco, de modo que o tempo inicial da prescrição da execução de sentença só inicia após o respectivo trânsito em julgado" (STJ- RP 136/216: 3ª T., AI 617.869-AgRg; a citação é do voto do relator).

"... O prazo prescricional para a execução individual é contado do trânsito em julgado da sentença coletiva, sendo desnecessária a providência de que trata o art. 94 da Lei nº 8.078/90" (STJ-1ª Seção, REsp 1.388.000, Min. Og Fernandes, j. 26.8.15, maioria, DJ 12.4.16).

Partindo-se desses mandamentos, afasta-se a cogitação de tempo decendial (art. 205, CC)[1].

Se não bastasse a clara previsão legal, a construção jurisprudencial sedimenta este posicionamento, estabelecendo padrão para a segurança jurídica e a uniformidade de decisões (art. 926, "*caput*", CPC)[2], segundo julgados deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que já vaticina a solução a ser selecionada colegiadamente, relevando-se postura mais condizente com o dever atribuído à prestação jurisdicional (art. 139, II, CPC), em atenção ao princípio da economia e celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, CF), cujas ementas seguem abaixo:

0028237-45.2012.8.26.0577 Apelação/Seguro

Relator(a): Silvério da Silva

Comarca: São José dos Campos

Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 15/10/2014

Data de registro: 07/11/2014

Ementa: Apelação Cível. Reparação Civil. Compra e venda de imóvel entre particulares. Inaplicáveis os prazos estabelecidos nos artigos 618 e 445 do Código Civil. Não se cuida de indenização por vícios redibitórios. A pretensão tem como fundamento a reparação civil em face da responsabilidade dos danos existentes no imóvel construído

Acesso ao Sumário

1 *"... Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor..."*

2 *"... Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente..."*

e vendido pelos réus. Prazo prescricional que melhor adequa a situação é de 3 anos, conforme artigo 206, § 3º do Código Civil. Não transcorrido. Culpa dos réus. Indenização pelos danos emergentes e lucros cessantes, devido ao pagamento de aluguéis pela desocupação imediata do imóvel sob risco de desmoronamento. Apelo desprovido, com observação.

0042586-43.2009.8.26.0000 Apelação/Responsabilidade Civil

Relator(a): Antonio Vilenilson

Comarca: Ribeirão Preto

Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 02/10/2012

Data de registro: 25/10/2012

Outros números: 6364144700

Ementa: REPARAÇÃO DE DANOS HIPÓTESE DE PEDIDO DE INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE VÍCIO OCULTO DE IMÓVEL EMBORA O CÓDIGO CIVIL POSSIBILITE O AJUIZAMENTO DE AÇÃO REDIBITÓRIA E ESTIMATIVA, NADA OBSTA O AJUIZAMENTO DE AÇÃO INDENIZATÓRIA, QUE DEVE OBSERVAR O PRAZO DO ART. 206, §3º, V, CC. DECADÊNCIA AFASTADA.

0007026-50.2012.8.26.0577

Classe/Assunto: Apelação/Promessa de Compra e Venda

Relator(a): J. B. Paula Lima

Comarca: São José dos Campos

Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 22/09/2015

Data de publicação: 01/10/2015

Data de registro: 01/10/2015

Ementa: Indenização por danos materiais e morais - Julgamento antecipado de lide - Inexistência de relação consumerista - Vícios redibitórios - Decadência ânua, prevista no § 1º do artigo 445 do CC, afastada - Não se tratando de pretensão redibitória, mas indenizatória, sujeita-se à prescrição trienal, a teor do artigo 206, § 3º, V, do Código Civil - Laudo pericial comprovando vícios na construção - Danos morais configurados diante dos inúmeros transtornos sofridos pelos recorrentes em sua própria casa, adquirida nova e recém-construída Fixação do 'quantum' em R$ 20.000,00 - RECURSO PROVIDO.

Voltando-se atenção à prescrição intercorrente nascida do brocardo

Acesso ao Sumário

"*dormientibus non succurrit jus*", aliás, de forma sintética, diz respeito ao instituto de neutralização do direito de ação, diante da inércia do titular durante certo lapso de tempo definido pelo art. 921, § 4º do Código de Processo Civil de 2.015, que dita:

"*... Art. 921. **Suspende-se a execução**:*

I - ...

*III - quando o **executado não possuir bens** penhoráveis...*

*§ 1º Na hipótese do inciso III, o **juiz suspenderá a execução pelo prazo de 1 (um) ano**, durante o qual se suspenderá a prescrição...*

§ 2º Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano sem que seja localizado o executado ou que sejam encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º Os autos serão desarquivados para prosseguimento da execução se a qualquer tempo forem encontrados bens penhoráveis.

*§ 4º **Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem manifestação do exequente**, **começa a correr o prazo de prescrição intercorrente**...*" (dísticos próprios)

Nesse diapasão encontra-se lapidar orientação dos notáveis doutrinadores Theotonio Negrão, José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli e João Francisco Naves da Fonseca, na obra sob a lavra "**CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL e legislação processual em vigor**" - 48ª edição revista e atualizada até 17 de fevereiro de 2.017 - Editora Saraiva - página 508 (nota 8b - §§ 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 12, 13 e 14) e página 1.227 (nota 4 - § 5º), a saber:

"*... É necessária a **intimação pessoal** da parte para o reconhecimento da **prescrição intercorrente**" (STJ-3ª T., REsp 1.393.162- AgRg, Min. Sidnei Beneti, j. 22.10.13, DJ 13.11.13). Também exigindo 'a intimação pessoal do credor para diligenciar no processo, porque é a sua recalcitrância injustificada que faz retomar-se o curso prescricional': STJ-4ª T., Ag em REsp 470.154-AgRg, Min. Isabel Gallotti, j. 22.4.14, DJ 5.5.14...*"

Verifica-se que houve paralisação por sessenta dias (fl. 352) e depois se prorrogou por mais noventa dias, em 16 de outubro de 2.013 (fl. 352), sobrevindo iniciativa espontânea à continuidade ao cumprimento definitivo da sentença em 23 de novembro de 2.016 (fl. 82), cujos parâmetros são deflagrados pelo art. 202, inciso V e parágrafo único do Código Civil, a saber:

"*... Art. 202. A **interrupção da prescrição**, que **somente poderá ocorrer uma vez**, dar-se-á:*

I - ...

*V - por **qualquer ato judicial** que **constitua em mora o devedor**...*

*Parágrafo único. A prescrição interrompida **recomeça a correr da data do ato que a interrompeu**, ou do último ato do processo para a interromper...*"

Acesso ao Sumário

(original não grifado)

Todavia, não correspondem (art. 1.056, CPC/2015)[3] aos requisitos formais de suma importância à constituição do fenômeno extintivo da execução (art. 924, V, CPC/2015)[4], visto que inexistiu qualquer intimação pessoal aos credores, conquanto haja transcorrido dilargado espaço de tempo, não se definindo o "*dies a quo*" para a retomada da contagem de tempo ânuo, inferindo vetustas parêmias, mas sempre aconselhável a sua aplicação (*sic*):

"*Quod non est in actis non est in mundo*"

"*Allegare nihil et allegatum non probare paria sunt*"

Não há ineditismo, confiram-se:

11 0026808-42.2010.8.26.0309

Classe/Assunto: Apelação/Contratos Bancários

Relator(a): Walter Barone

Comarca: Jundiaí

Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 08/02/2018

Data de publicação: 08/02/2018

Data de registro: 08/02/2018

Ementa: CONTRATOS BANCÁRIOS. Execução de título executivo extrajudicial. Decisum que extinguiu a execução, reconhecendo a prescrição intercorrente. Irresignação da parte exequente. Cabimento. Prescrição intercorrente não verificada. Parte exequente que não foi desidiosa durante a tramitação do feito. Execução que foi proposta dentro do prazo legal. Demora em efetivar a citação não ocorreu por culpa da parte apelante, que se mostrou diligente para localização de eventuais endereços da parte contrária. Sentença anulada. Recurso provido.

0004061-08.1995.8.26.0606

Classe/Assunto: Apelação/Nota Promissória

Relator(a): Roberto Mac Cracken

Comarca: Suzano

Órgão julgador: 22ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 01/02/2018

Data de publicação: 07/02/2018

3 "*... Art. 1.056. 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...*"

4 "*... Art. 924. Extingue-se a execução quando:*

I - ...

V - ocorrer a prescrição intercorrente..."

Acesso ao Sumário

Data de registro: 07/02/2018

Ementa: EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO CREDOR PARA DAR ANDAMENTO AO PROCESSO. Conforme pacífico entendimento do E. STJ, a prescrição intercorrente só poderá ser reconhecida no processo executivo se, após a intimação pessoal da parte exequente para dar andamento ao feito, ela permanece inerte. Recurso provido.

2230410-33.2017.8.26.0000

Classe/Assunto: Agravo de Instrumento/Despesas Condominiais

Relator(a): Edgard Rosa

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 25ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 01/02/2018

Data de publicação: 02/02/2018

Data de registro: 02/02/2018

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA DE DESPESAS CONDOMINIAIS - FASE DE CUMPRIMENTO - IMPOSSIBILIDADE DE PRONÚNCIA DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - EXEQUENTE QUE REQUEREU O DESARQUIVAMENTO DO FEITO, TENDO-LHE SIDO CONCEDIDO PRAZO PARA SE MANIFESTAR AINDA NA VIGÊNCIA DO CPC/73, O QUE FOI OBSERVADO - ADEMAIS, CONSOANTE ASSENTADO NA JURISPRUDÊNCIA DO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, É IMPRESCINDÍVEL A INTIMAÇÃO PESSOAL DA PARTE CREDORA, PARA QUE, EM CASO DE OMISSÃO, NO CASO NÃO CONFIGURADA, SEJA POSSÍVEL A OPORTUNA PRONÚNCIA DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - INTIMAÇÃO PESSOAL QUE, NA ESPÉCIE, NUNCA FOI REALIZADA - PROCESSO QUE DEVE PROSSEGUIR, EM FASE DE CUMPRIMENTO, COMO DE DIREITO - INOCORRÊNCIA DE EXCESSO DE EXECUÇÃO QUANDO INSERIDA NA PLANILHA DE DÉBITO PARCELAS VENCIDAS APÓS A PROLAÇÃO DA SENTENÇA - O CONDOMÍNIO, A PARTIR DO RECONHECIMENTO DO DIREITO DE COBRANÇA DAS PARCELAS EM ABERTO, TEM DIREITO DE INCLUIR AS PARCELAS VINCENDAS NÃO PAGAS ATÉ O EFETIVO PAGAMENTO DE TODO O DÉBITO - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 290, CPC/73, ATUAL 323, NCPC. - Nega-se provimento ao recurso.

0132609-36.2003.8.26.0100

Acesso ao Sumário

Classe/Assunto: Apelação/Acidente de Trânsito

Relator(a): Celso Pimentel

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 28ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 31/01/2018

Data de publicação: 31/01/2018

Data de registro: 31/01/2018

Ementa: Ao reconhecimento da prescrição intercorrente não basta a inércia do credor, mas se exige também sua intimação pessoal, ao menos até que se defina o tema no Superior Tribunal de Justiça.

2190345-93.2017.8.26.0000

Classe/Assunto: Agravo de Instrumento/Despesas Condominiais

Relator(a): Cesar Luiz de Almeida

Comarca: Santos

Órgão julgador: 28ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 09/01/2018

Data de publicação: 09/01/2018

Data de registro: 09/01/2018

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação de cobrança de cotas condominiais em fase de cumprimento de sentença - insurgência contra decisão que não reconheceu a prescrição intercorrente aventada pelo executado - Ausência de prévia intimação pessoal do exequente para dar andamento ao feito - suposta inércia do credor ocorrida na vigência do CPC/73 enquanto vigorava entendimento consolidado do STJ no sentido da necessidade de prévia intimação pessoal - descabida a tese de prescrição da pretensão executória - decisão mantida por fundamentos diversos - recurso desprovido.

Sob a ótica da nulidade (fls. 30/38 - item 2), observa-se inovação que excede o limite objetivo desta fase recursal, visto que não veiculada originariamente no incidente perante o competente juiz natural da causa (art. 5º, LIII, CF)[5], carecendo de solução desfavorável ao seu intento que justifique lesividade ao suposto direito a que faça jus retratado pela presença de efetivo interesse secundário a ser objeto de atual exame e, por sua vez, empregar colegiadamente pronunciamento a essa questão provocaria supressão ("*per saltum*") do duplo grau de jurisdição.

Acesso ao Sumário

5 "*... Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

I - ...

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente..."

Superadas estas proposições, não é possível reconhecer base à denúncia de litigância de má fé (fl. 615), visto que não se encontrar tipificado peculiarmente nenhum ato perpetrado pelos recorrentes que revele atitude maliciosa que se plasme a alguma das circunstâncias de incidência dos incisos do art. 80 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 ("*improbus litigator*").

Muito contrariamente, vislumbra-se o exercício regular do direito (art. 188, I, 2ª fig., CC)[6] subjetivo (art. 5º, XXXIV, al. 'a', 1ª fig., CF)[7] de seus interesses.

É a lição ministrada na obra sob a lavra "**NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL e legislação processual em vigor**" dos notáveis doutrinadores Theotonio Negrão, José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli e João Francisco Naves da Fonseca 48ª edição revista e atualizada até 17 de fevereiro de 2.017 - Editora Saraiva, página 174 (notas nº 1a, nº 1b, nº 2b e nº 2c) e página 176 (nota nº 17), a saber:

*"... Para a condenação em **litigância de má-fé**, faz-se necessário o preenchimento de três requisitos, quais sejam: que a conduta da parte se subsuma a uma das hipóteses taxativamente elencadas no art. 17 do CPC; que à parte tenha sido oferecida oportunidade de defesa (CF, art. 5º, LV); e que, da sua conduta resulte prejuízo processual à parte adversa". (RSTJ 135/187, 146/136).*

"Entende o STJ que o art. 17 do CPC, ao definir os contornos dos atos que justificam a aplicação de pena pecuniária por litigância de má-fé, pressupõe o dolo da parte no entravamento do trâmite processual, manifestado por conduta intencionalmente maliciosa e temerária, inobservado o dever de proceder com lealdade" (STJ-3ª T., REsp 418.342, Min. Castro Filho, j. 11.6.02, DJU 5.8.02).

"A aplicação de penalidades por litigância de má-fé exige dolo específico, perfeitamente identificável a olhos desarmados, sem o qual se pune indevidamente a parte que se vale de direitos constitucionalmente protegidos (ação e defesa)" (STJ-3ª T., REsp 906.269, Min. Gomes de Barros, j. 16.10.07, DJU 29.10.07).

*"... A **boa-fé se presume** (JTA 36/104). 'Agir displicentemente, com culpa, porque requereu providência já realizada, não conduz, por si só, à má-fé e ao dolo. A boa-fé é que se presume'" (STJ-1ª T., RMS 773, Min. Garcia Vieira, j. 13.3.91, DJU 15.4.91).*

*"... A litigância de má-fé **deve ser distinguida da estratégia processual** adotada pela parte que, não estando obrigada a produzir prova contra si, opta, conforme o caso, por não apresentar em juízo determinados documentos,*

Acesso ao Sumário

6 "*... Art. 188. Não constituem atos ilícitos:*
I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido..."

7 "*... XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:*
a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder..."

contrários às suas teses, assumindo, em contrapartida, os riscos dessa postura. O dever das partes de colaborarem com a justiça, previsto no art. 339 do CPC, deve ser confrontado com o direito do réu à ampla defesa, o qual inclui, também, a escolha da melhor tática de resistência à pretensão veiculada na inicial. Por isso, o comportamento da parte deve sempre ser analisado à luz das peculiaridades de cada caso" (STJ-3ª T., REsp 1.286.704, Min. Nancy Andrighi, j. 22.10.13, DJ 28.10.13).

"... Se a parte utiliza os meios disponíveis no direito positivo para a defesa dos seus direitos, não se pode pretender, pelo ***vigor com que litigam****, que exista fundamento para a condenação por litigância de má-fé" (RSTJ 132/338).*

"... Na litigância temerária, ***a má-fé não se presume****, mas exige prova satisfatória, não só de sua existência, mas da caracterização do* ***dano processual*** *a que a condenação cominada na lei visa a compensar" (STJ-1ª T., REsp 76.234, Min. Demócrito Reinaldo, j. 24.4.97, DJU 30.6.97).*

Destaca-se apenas divergência semântica que não guarda, aprioristicamente, correspondência com real intenção dolosa e, destarte, recomenda-se também o posicionamento ao qual se filia, explanado na obra denominada "**Litigância de Má-Fé**" - Editora Revista dos Tribunais - 1ª edição - 2.000, do empenho da ilustre Ana Lúcia Iucker Meirelles de Oliveira, destino inarredável aos consulentes, sob a preocupação vitanda de não se fazer o devido elogio a tão esmerado labor, ao deixar de coligir todas as suas proposições.

À vista de tudo o quanto fora exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2059711-72.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CELULOSE NIPO-BRASILEIRA S/A - CENIBRA, é agravado MECFIL INDUSTRIAL LTDA.

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 46231)**

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

São Paulo, 6 de agosto de 2018.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de instrumento - Embargos à execução - Cumprimento provisório de sentença - Impugnação - Rejeição - Excesso inexistente - Oferecimento de carta de fiança - Incidência da multa de 10% e de honorários advocatícios Inteligência do art. 523, § 1º, do CPC - Garantia que não se confunde com pagamento - Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça - Honorários advocatícios - Sucumbência recursal - Majoração - Inadmissibilidade - Observância da Súmula nº 519 do STJ - Recurso desprovido - Decisão mantida.

VOTO

Agravo de instrumento tirado nos autos de embargos à execução, em sede de cumprimento provisório de sentença, contra decisão de fls. 21/22, que rejeitou impugnação ofertada pela agravante, determinando o prosseguimento da execução.

Sustenta a agravante, em síntese, a impossibilidade de aplicação do art. 523, § 1º, do CPC, vez que a carta de fiança por ela apresentada tempestivamente em 27/10/2016, em atendimento ao r. despacho datado de 05/10/2016, garantia integralmente o débito exequendo, de modo que os cálculos apresentados pelo credor (fls. 326/327 dos autos originários) e que serviram de fundamento à penhora *on line* levada a efeito, estão incorretos, por incluírem indevidamente multa no valor de 10% e honorários advocatícios de 10%, e caracterizam excesso de execução. Alega que o magistrado não pode fundamentar sua decisão argumentando que o Tribunal de Justiça teria constatado que a interessada não efetuara o pagamento do débito e nem garantira o juízo de forma integral, pois tal matéria ainda não está consolidada, pendendo de apreciação pelos Tribunais Superiores. Cita jurisprudência que entende aplicável à hipótese e pede provimento ao recurso, para o reconhecimento do excedente no montante de R$ 149.418,80.

O recurso foi recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo, fls. 512.

Informações foram prestadas pelo MM. Juiz de Direito a fls. 515/516.

Houve apresentação de contraminuta a fls. 518/529.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Em que pesem as alegações da recorrente, a decisão proferida não comporta qualquer reparo.

Acesso ao Sumário

É devida a multa, bem como os honorários advocatícios (art. 523, § 1º, CPC/15), porque garantia não se confunde com pagamento.

Com efeito, a carta de fiança apresentada a título de garantia do juízo não equivale a pagamento voluntário e, sendo assim, não isenta a executada do pagamento da multa e dos honorários advocatícios previstos no art. 523, § 1º, do CPC/2015, pois é cediço que o numerário não está ao alcance do credor, fazendo incidir, portanto, referida penalidade processual.

Tal posicionamento decorre do entendimento já consolidado no Colendo Superior Tribunal de Justiça, expresso nos seguintes precedentes:

PROCESSO CIVIL. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. MULTA DO ART. 475-J. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DECORRENTES DA EXTINÇÃO DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. O DEPÓSITO REALIZADO ÚNICA E EXCLUSIVAMENTE PARA GARANTIA DO JUÍZO NÃO ELIDE A MULTA DO ART. 475-J DO CPC/1973, VIGENTE À ÉPOCA DO ATO PROCESSUAL. IMPUGNAÇÃO. SÚMULA 83/STJ.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem, ao dirimir a controvérsia posta nos autos, consignou que "segundo o disposto no artigo 475-J do CPC, 'Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento'". Acrescentou que "o oferecimento de garantia não afasta a incidência da multa, porquanto não se trata de pagamento, visto que o valor não está à disposição do credor para imediato levantamento".

2. O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência no sentido de que "a atitude do devedor, que promove o mero depósito judicial do quantum exequendo, com finalidade de permitir a oposição de impugnação ao cumprimento de sentença, não perfaz adimplemento voluntário da obrigação, autorizando o cômputo da sanção de 10% sobre o saldo devedor", porquanto "a satisfação da obrigação creditícia somente ocorre quando o valor a ela correspondente ingressa no campo de disponibilidade do exequente; permanecendo o valor em conta judicial, ou mesmo indisponível ao credor, por opção do devedor, por evidente, mantém-se o inadimplemento da prestação de pagar quantia certa" (REsp 1.175.763/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 21/6/2012, DJe 5/10/2012).

(...)

5. Recurso Especial a que se nega provimento.

(STJ, REsp 1.675.084/SE, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ª T., j. 17/08/2017, DJe 13/09/2017 g.n.).

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - IMPUGNAÇÃO

AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - DECISÃO MONOCRÁTICA DA LAVRA DESTE SIGNATÁRIO QUE DEU PARCIAL PROVIMENTO AO RECLAMO A FIM DE DETERMINAR A COMPENSAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS (ENUNCIADO N. 306 DA SÚMULA DESTE STJ). IRRESIGNAÇÃO DA EXECUTADA.

1. A atitude do devedor, que promove o mero depósito judicial do quantum exequendo, com finalidade de permitir a oposição de impugnação ao cumprimento de sentença, como garantia, não perfaz adimplemento voluntário da obrigação, autorizando o cômputo da sanção de 10% sobre o saldo devedor. A satisfação da obrigação creditícia somente ocorre quando o valor a ela correspondente ingressa no campo de disponibilidade do exequente. Permanecendo o valor em conta judicial, ou mesmo indisponível ao credor, por opção do devedor, mantém-se o inadimplemento da prestação de pagar quantia certa. Precedentes.

2. O fato de a impugnação ao cumprimento de sentença trazer como matéria de defesa a alegação de excesso de execução não afasta, a priori, o cabimento da multa prevista no art. 475-J do CPC/1973. Ainda que a impugnação esteja fundada no excesso de execução, é imprescindível que haja o pagamento da parte incontroversa pelo executado (valor sobre o qual não incidirá qualquer multa), prosseguindo-se o magistrado no exame apenas da parte controversa da dívida, a qual, sendo mantida ao final, deverá ser acrescida da multa de 10% (dez por cento) prevista no art. 475-J do CPC/1973. Precedentes.

2.1. Hipótese em que, embora a matéria de defesa tenha apontado excesso de execução, o depósito do valor de R$ 230.960,26 se prestou "ao fim exclusivo de garantir o juízo da execução" para o oferecimento da impugnação, não tendo ingressado, portanto, qualquer verba incontroversa no campo de disponibilidade do exequente. Manutenção da multa de 10% (dez por cento) sobre o saldo devedor que se impõe.

3. "São devidos honorários advocatícios no cumprimento de sentença, haja ou não impugnação, depois de escoado o prazo para pagamento voluntário, que se inicia após a intimação do advogado da parte executada." (Enunciado n. 517 da Súmula do STJ).

4. Agravo interno desprovido.

(STJ, AgInt no REsp 1.369.644/MG, Rel. Min. MARCO BUZZI, 4ª T., j. 14/06/2016, DJe 22/06/2016).

AGRAVOS REGIMENTAIS NO RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. 1. REALIZAÇÃO DE DEPÓSITO DESTINADO À GARANTIA DO JUÍZO E A VIABILIZAR A APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO. PAGAMENTO VOLUNTÁRIO DO DÉBITO

Acesso ao Sumário

RECONHECIDO JUDICIALMENTE. NÃO OCORRÊNCIA. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. 2. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. POSSIBILIDADE, ANTE A AUSÊNCIA DE PAGAMENTO VOLUNTÁRIO NO PRAZO DE QUINZE DIAS 3. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO E NÃO CONHECIDO O SEGUNDO.

1. Segundo entendimento firmado no âmbito da jurisprudência desta Corte de Justiça, iniciado o cumprimento de sentença, com a intimação do advogado do executado para pagar voluntariamente a importância reconhecida no título executivo judicial nos quinze dias seguintes, a realização do depósito, a depender de sua finalidade, pode ou não ilidir a multa de 10% prevista no art. 475-J do CPC. Se o depósito tiver por propósito o pagamento do débito, inaplicável a aludida sanção, assim como descabido o arbitramento de honorários advocatícios. Se, todavia, o depósito tiver por escopo, única e exclusivamente, a garantia do juízo (também denominado de penhora automática), a viabilizar a apresentação de impugnação, desta data se inicia o prazo para a apresentação de sua defesa, sem, contudo, ilidir a multa do art. 475-J, CPC, ensejando, nesse caso, a fixação de honorários advocatícios (Nesse sentido: REsp 1446322/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 04/05/2015)

1.1 Diversamente do que alega o recorrente, a decisão não olvida que o agravante ingressou nos autos depois de iniciada a execução. Nos termos da lei processual, intimado o executado (no caso, o originário) a proceder voluntariamente ao pagamento do título judicial no prazo de quinze dias, e não o fazendo, o credor faz jus a multa prevista no art. 475-J, do CPC. O ingresso posterior (e voluntário) no feito executivo pelo adquirente do imóvel não muda essa circunstância, notadamente levando-se em conta que o depósito por este efetuado, como visto, sequer teve a natureza de pagamento, mas sim de garantia do Juízo.

2. Conforme entendimento pacífico do STJ, firmado em sede de recurso representativo da controvérsia (REsp 1134186/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/08/2011, DJe 21/10/2011), "São cabíveis honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, haja ou não impugnação, depois de escoado o prazo para pagamento voluntário a que alude o art. 475-J do CPC, que somente se inicia após a intimação do advogado, com a baixa dos autos e a aposição do "cumpra-se" (REsp. n.º 940.274/MS)".

3. Agravo regimental improvido e, em atenção à preclusão consumativa e ao princípio da unirrecorribilidade, não se conhece do segundo agravo regimental constante de fls. 899-904, erroneamente contraposto, conforme reconhecido pelo próprio insurgente.

(STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1.445.301/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, 3ª T., j. 23/02/2016, DJe 08/03/2016 - g.n.).

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DEPÓSITO REALIZADO COM O ESCOPO DE GARANTIR O JUÍZO. MULTA PREVISTA NO ART. 475-J DO CPC NÃO ELIDIDA.

1. O art. 475-J, caput e § 1°, do CPC estabelece duas modalidades de depósito e prazos correspondentes: i) o espontâneo, a ser realizado no prazo de 15 dias com a finalidade de pagamento; e ii) como garantia do juízo, também a ser realizado no prazo de 15 dias com a finalidade de oferecer impugnação. No interstício do prazo para pagamento (caput), não se admite a prática de atos satisfativos, já que a execução ainda não teve início, além de que o depósito efetivado dentro do período exime o devedor da multa e dos honorários advocatícios. O lapso temporal terá início com a intimação do devedor, na pessoa de seu advogado. De outra parte, no que tange ao segundo depósito, também tido como "penhora automática" (§ 1°), trata-se de ato processual que efetiva a garantia do juízo para permitir a apresentação da impugnação ao cumprimento de sentença, desencadeando o início do prazo de 15 dias para a "defesa", sem, contudo, elidir a multa de 10%. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp 1.283.941/SC, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, 4ª T., j. 17/12/2015, DJe 01/02/2016).

No mesmo sentido é o posicionamento deste Egrégio Tribunal de Justiça, conforme se extrai das seguintes ementas:

"**Revisão contratual - Fase de cumprimento de sentença - Impugnação com oferta de apólice de seguro como garantia da execução - Multa sobre o valor do débito em execução, haja vista que o valor do débito em execução ficou indisponível ao credor, em que pese a apólice de seguro em garantia, bem como honorários advocatícios, tendo em vista o não pagamento do débito - Recurso provido**" (TJSP, Agravo de Instrumento nº 2059166-02.2018.8.26.0000, Comarca de Itapira, Rel. Des. Gil Coelho, 11ª Câmara de Direito Privado, j.: 14/06/2018).

"**Apelação. Cumprimento de sentença. Impugnação rejeitada. Depósito referente à garantia do Juízo, que não se reveste de pagamento. Precedentes. Recurso improvido**" (TJSP, Apelação nº 1079254-45.2013.8.26.0100, Comarca de São Paulo, Rel. Des. Bonilha Filho, 26ª Câmara de Direito Privado, j.: 14/06/2018).

"**Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Insurgência contra a decisão que aplicou multa e honorários advocatícios diante do inadimplemento. Inteligência do art. 523 e parágrafos do NCPC. Verbas devidas. Recurso desprovido**" (TJSP, Agravo de Instrumento nº 2048123-

Acesso ao Sumário

05.2017.8.26.0000, Comarca de Santos, Rel. Des. Costa Netto, 9ª Câmara de Direito Privado, j.: 27/02/2018).

Mais não é preciso dizer.

De outra parte, a exequente-agravada pugna pela majoração da condenação em honorários sucumbenciais, com base no art. 85, § 11, do CPC/2015.

Ocorre que a condenação em honorários advocatícios na rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença não é admitida pela jurisprudência. Nesse sentido é a Súmula nº 519 do STJ: "***na hipótese de rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença, não são cabíveis honorários advocatícios***".

Confira-se, a respeito:

"**Agravo de instrumento - Impugnação ao cumprimento de sentença - efeito suspensivo - inteligência do art. 525, §6º do Código de Processo civil - requisitos legais não preenchidos - ausência de excesso de execução - discussão preclusa - majoração de verba honorária - aplicação do art. 523, §1º e Súmula 519 do STJ - majoração indevida - recurso parcialmente provido**" (TJSP, Agravo de instrumento nº 2034376-51.2018.8.26.0000, Comarca de São Paulo, Rel. Des. Coutinho de Arruda, 16ª Câmara de Direito Privado, j.: 24/04/2018).

Tal entendimento visa a evitar a dupla condenação, pois já incide a verba prevista pelo art. 523, § 1º, do CPC/2015, como ocorre na espécie.

Fica igualmente rejeitado, portanto, o pedido da agravada de majoração dos honorários advocatícios.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso, para a manutenção da r. decisão recorrida tal como lançada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2125359-33.2017.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é agravante FABIO SEBASTIÃO DE SOUZA ME, é agravado AÇAÍ VERÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA. EPP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.508)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAURÍCIO PESSOA (Presidente sem voto), GRAVA BRAZIL e RICARDO NEGRÃO.

São Paulo, 3 de setembro de 2018.

Acesso ao Sumário

ARALDO TELLES, Relator

Ementa: Propriedade Industrial. Marca. Pedido de abstenção de uso dos sinais AÇAÍ DO VERÃO ou AÇAÍ VERÃO VIVO, em razão de a agravada ser titular da marca AÇAÍ VIVO. Tutela antecipada concedida em primeira instância. Elementos, todavia, que são nominativos e não apropriáveis, porque de uso comum ao produto. Partes, ademais, que atuam em segmentos diversos. Ausência de evidência de contrafação. Concessão da tutela recursal para autorizar o agravante a utilizar o sinal AÇAÍ VERÃO VIVO ao menos até o julgamento de mérito da demanda. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento tirado contra a r. decisão constante de fls. 44/45 dos autos de origem, que, examinando pedido de tutela antecipada em caráter antecedente, concedeu a medida para obstar a continuidade de uso, pela agravante, dos sinais **AÇAÍ DO VERÃO** ou **AÇAÍ VERÃO VIVO** por entendê-los colidentes com marca de titularidade da agravada com os mesmos dizeres, embora em composição diversa (**AÇAÍ VERÃO**).

Sustenta-se, em resumo, que o agravante é titular da marca **VERÃO VIVO** e não pode ser impedido de utilizar o sinal **AÇAÍ VERÃO VIVO**.

Concedido o efeito suspensivo, juntou-se contrariedade e tornaram os autos para voto.

É o relatório.

Ao apreciar o pedido de antecipação da tutela, expendi a seguinte fundamentação:

Em exame perfunctório, considero que não há evidências de contrafação.

De efeito, os sinais distintivos utilizados pelos litigantes devem ser classificados como mistos, havendo elementos figurativos e nominativos a compor um todo que os distingue, como se vê às fls. 12, sendo certo que estes últimos nominativos não são apropriáveis porque constituem elementos comuns (expressões açaí, verão e vivo).

Ademais, enquanto o registro da agravada figura na classe 35, a agravante atua em segmento diverso e inserido na classe 30.

Por isso, ressalvado novo exame quando do julgamento de fundo pela Turma Julgadora, concedo a tutela recursal.

Acesso ao Sumário

Considero que esta decisão, por estar suficientemente fundamentada, deve ser confirmada.

O pedido inicial é de abstenção do uso dos sinais **AÇAÍ DO VERÃO** e **AÇAÍ VERÃO VIVO** porque a autora é titular da marca **AÇAÍ VERÃO**.

Ora, ambos os vocábulos coincidentes - **AÇAÍ** e **VERÃO** - são de uso comum. **AÇAÍ** refere-se ao alimento, enquanto **VERÃO** é uma das primeiras associações feitas pelo consumidor diante de um produto que é consumido gelado.

Assim, em princípio, qualquer dos vocábulos é insuscetível de apropriação exclusiva como sinal distintivo a confundir o público alvo, especialmente no caso em análise, em que os segmentos das partes são diversos: enquanto a agravante tem como atividade econômica principal a ***fabricação de sorvetes e outros gelados comestíveis*** (fls. 80), a agravada dedica-se à ***fabricação de conservas de frutas*** (fls. 91).

Por outro lado, após tratativas infrutíferas (fls. 86/88), a agravante passou a utilizar a expressão **AÇAÍ VERÃO VIVO**, justamente a que pretende manter com a interposição do presente agravo.

E, com a aposição do vocábulo **VIVO**, ainda que este também seja comum, a condição de distintividade das marcas restou garantida.

Convém observar, por fim, que, embora na inicial não se tenha suscitado a questão da identidade das embalagens e nas contrarrazões a recorrida afirme que são quase cópias, vê-se, às fls. 107/108, que a cor colidente é o roxo-amarronzado, alusivo ao aspecto da fruta, como a maioria das outras embalagens de produtos análogos.

Ante o exposto, ausente evidências de contrafação, pelo meu voto, proponho que se dê provimento ao recurso para autorizar a agravante a utilizar o sinal **AÇAÍ VERÃO VIVO** ao menos até o julgamento da demanda.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2153479-52.2018.8.26.0000, da Comarca de Marília, em que é agravante JOSÉ LUIZ GATTAZ, é agravado ITAÚ UNIBANCO 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 parcial provimento ao agravo, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.886)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO

Acesso ao Sumário

PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente), CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA e DANIELA MENEGATTI MILANO.

São Paulo, 6 de setembro de 2018.

RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Diferença de rendimentos em caderneta de poupança. Execução individual fundada em sentença proferida em ação coletiva. Taxa judiciária. Hipótese de incidência. Procedimento que representa mera extensão do processo da ação coletiva. Ajuizamento que não impõe o pronto recolhimento de taxa judiciária. Recolhimento da chamada parcela final da taxa judiciária que há de ser feito a final, quando da "satisfação da execução", nos termos do art. 4º, III, da Lei 11.608/03. Observação, porém, de que tal diferimento legal não alcança as demais taxas judiciárias, como as referentes ao preparo recursal, nem as despesas processuais outras.

Dispositivo: Deram parcial provimento ao agravo, com observação.

VOTO

1. Agravo de instrumento interposto contra decisão proferida em processo de execução individual proposta por JOSÉ LUIZ GATTAZ, agravante, em face de ITAÚ UNIBANCO S/A, agravado, demanda fundada em sentença proferida em ação coletiva ajuizada pelo IDEC em face do ora agravado.

Insurge-se o agravante contra decisão que indeferiu requerimento por ele formulado, voltado ao reconhecimento de que o recolhimento das custas e demais despesas do processo há de ser feito a final, nos termos do disposto no art. 4º, III, da Lei Estadual 11.608/03 (fls. 72/75).

Como fundamentos do pedido de reforma, sustenta o agravante, em síntese, que descabe exigir o recolhimento de custas iniciais e demais despesas do processo no caso dos autos. A respeito, diz que o recolhimento das custas há de ser feito ao final, isto é, no momento da "satisfação da execução pelo vencido", nos termos do art. 4º, III, da Lei Estadual 11.608/03.

2. Recurso tempestivo.

É o relatório do essencial.

3. Deixei de determinar a instauração do contraditório recursal, pese o

Acesso ao Sumário

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

4. Procede, em parte, a irresignação.

A propósito, é importante assinalar, antes de mais nada, que o pedido em exame, tomando por fundamento a regra do art. 4º, III, da Lei 11.608/03, não se confunde com o previsto no art. 5º do mesmo diploma, diferimento este para o qual se exige a demonstração, "por meio idôneo", da "momentânea impossibilidade financeira do seu recolhimento (das custas), ainda que parcial" - é minha a explicação entre parênteses.

No caso, por não se tratar de ação nova, mas de procedimento de cumprimento do julgado proferido na ação coletiva, não cabe exigir o recolhimento da parcela da taxa judiciária prevista no art. 4º, I, da Lei 11.608/03; devido será, sim, o recolhimento da parcela final (inciso III), "ao ser satisfeita a execução".

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

Frise-se, entretanto, ao contrário do que sustenta o agravante, que as demais taxas judiciárias, inclusive as relacionadas à interposição de recursos em geral, da mesma forma que as despesas processuais em geral, são devidas, e de pronto - sem possibilidade de diferimento.

Posto isso, meu voto **dá parcial provimento** ao agravo, com a observação acima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2154066-74.2018.8.26.0000, da Comarca de Mococa, em que é agravante MARIA ISABEL FERREIRA, é agravado FUNDAÇÃO MUNICIPAL DE ENSINO DE MOCOCA FUMEM.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26361)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILBERTO

DOS SANTOS (Presidente) e WALTER FONSECA.

São Paulo, 12 de setembro de 2018.

MARINO NETO, Relator

Ementa: PENHORA SOBRE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - Decisão que deferiu a penhora sobre 10% do benefício de aposentadoria percebido pela agravante - Natureza alimentar da verba, cuja impenhorabilidade encontra-se amparada pelo artigo 833, inciso IV, do CPC, e não se trata das hipóteses previstas no § 2º do referido artigo - Decisão reformada. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão digitalizada às fls. 13/16 que, na ação de execução de título extrajudicial ajuizada por **Fundação Municipal de Ensino de Mococa "Antônio Carlos Massaro"** em face de **Sueli Jerônimo da Costa e Maria Isabel Ferreira**, rejeitou a exceção de pré-executividade apresentada pela executada.

A agravante afirma que a decisão que manteve o bloqueio realizado deve ser reformada, por se tratar de renda proveniente de benefício previdenciário, que possui natureza alimentar e não é passível de constrição.

Recurso recebido e processado com a concessão do efeito suspensivo requerido.

A agravada, regularmente intimada, deixou de apresentar contraminuta no prazo legal.

É o relatório.

Em que pese o posicionamento esposado pelo MM. Juiz, o recurso deve ser provido.

Nos termos do artigo 833, inciso IV, do novo Código de Processo Civil, são absolutamente impenhoráveis "*os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações,* ***os proventos de aposentadoria****, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família...*".

Percebe-se que referida norma não mitiga a impenhorabilidade dos proventos salariais. Ao contrário, objetiva ampliar a proteção de tal verba, não cabendo ao intérprete restringir essa proteção.

Portanto, sendo indiscutível a impenhorabilidade de tal verba alimentar,

havendo ressalva apenas quando a penhora for destinada ao pagamento de prestação alimentícia ou quando a importância for excedente a cinquenta salários-mínimos (artigo 833, §2º, do Código de Processo Civil), o que não é o caso dos autos, é de rigor a reforma da decisão agravada.

Posto isso, dá-se provimento ao agravo, para reformar a decisão recorrida, acolhendo-se a exceção de pré-executividade para desbloquear os valores penhorados indevidamente, nos termos acima expostos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2115227-77.2018.8.26.0000, da Comarca de Taubaté, em que é agravante CRISTIAN MACHADO DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), são agravados MARIA ISABEL PENHA LOPES e MUNICIPALIDADE DE TAUBATÉ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.102)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO GIAQUINTO (Presidente sem voto), ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA e HERALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 13 de setembro de 2018.

NELSON JORGE JÚNIOR, Relator

Ementa: REINTEGRAÇÃO DE POSSE - Ação possessória - Alegação de esbulho - Prova da posse do agravante - Ausência - Concessão de liminar de reintegração de posse - Impossibilidade - Inteligência do art. 561 e seus incisos, do novo Código de Processo Civil:

- Não havendo prova do exercício da posse sobre o bem, é impossível a concessão da liminar de reintegração de posse, em favor do agravante, pois não se encontram atendidos os requisitos do art. 561 e seus incisos, do novo Código de Processo Civil.

RECURSO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos, etc.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto da r. decisão copiada a fls.37/38, em ação de reintegração de posse a tutela c.c. indenizatória ajuizada por Cristian Machado da Silva contra Maria Isabel Penha Lopes, que indeferiu a tutela de urgência pleiteado pelo autor para que fosse reintegrado em 50% do imóvel objeto da lide.

O autor agrava, sustentando que de acordo com o artigo 562, do Código de Processo Civil, para a concessão da liminar de reintegração de posse, basta a petição inicial estar devidamente instruída, e poderá ainda, ser designada audiência de justificação.

Sustenta que: "em que pese, ter ficado acordado entre as partes, durante a realização da audiência de justificação, a suspensão do processo visando tratativas de acordo que não ocorreu, não foram ouvidas as testemunhas arroladas para convicção do juízo". Entende que antes do indeferimento da liminar de reintegração de posse, deveria ter sido redesignada outra audiência de justificação.

Destaca que os requisitos ensejadores para concessão da liminar de reintegração de posse não estão atrelados ao *periculum in mora*, mas estão relacionados ao artigo 561 e incisos do Código de Processo Civil e à tutela de evidência.

Assim, requer o provimento do recurso, a fim de conceder a tutela de urgência alvitrada, para que seja reintegrado na posse de 50% do imóvel.

O recurso é tempestivo, dispensado de preparo, por ser o autor beneficiário da gratuidade da justiça, e foi recebido sem tutela pretendida (fls. 44).

Sem apresentação de contraminuta pela parte agravada (fls. 48).

É o relatório.

I. O recurso não comporta provimento.

O agravante ajuizou ação de reintegração de posse contra o agravado, sustentando ser filho de Juarez Albino da Silva, que comprou o 50% imóvel objeto da lide, no ano de 1989 de Marilia Gomes de Souza, e lá morou até o ano de 2005, quando veio a falecer. Em razão do seu falecimento, a antiga proprietária ocupou o imóvel e impediu que os familiares do falecido fizesse uso dele. Contudo, ela faleceu no ano de 2013, ano em que sua filha, Maria Isabel Penha Lopes invadiu o referido imóvel e fixou nele moradia, até a presente data. Requereu a concessão de liminar de reintegração de posse o que restou indeferida pela decisão ora agravada.

Pois bem.

Não há elementos nos autos que indiquem ter o agravante motivo relevante

Acesso ao Sumário

para a concessão de reintegração na posse do imóvel de forma liminar, por que desde 2005 a posse direta do imóvel foi exercida pela Sra. Marilia, segundo o autor, e depois nele ingressou a filha de Marilia, ora agravada. Não há como, nesse momento processual, conceder a liminar para reintegra-lo na posse do bem, com fundamento no **artigo 561 e incisos do novo Código de Processo Civil**[1].

Isso porque, apesar do agravante ter recebido parte ideal do imóvel em virtude do falecimento do genitor, conforme dispõe o artigo 1.784, do Código Civil, e com essa transmissão advém também a posse, fato é que para com a agravada o mesmo se dá e, portanto, o imóvel se encontra em condomínio entre as partes. Para o caso, estando a agravada no imóvel desde 2013, e inexistindo motivo relevante que seja ela retirada do imóvel, não convêm o deferimento da liminar.

O próprio agravante admite estar a agravada na posse do referido bem desde o ano de 2013, ou seja, por ao menos por 5 anos. Nesse sentido, não se vislumbra a presença dos requisitos necessários para a liminar, por ora não assistindo a razão ao agravante e, ao que tudo indica, trata-se de posse velha, com mais de ano e dia (artigo 558 do novo Código de Processo Civil).

Não há, ainda, sequer a existência da probabilidade do direito do agravante ou perigo de dano na pretensão almejada, afastando-se, também, a possibilidade de concessão tutela de urgência com alicerce no artigo 300, do novo Código de Processo Civil.

No que concerne a necessidade da designação para audiência de justificação, perdeu ela razão para se colher depoimentos de testemunhas indicadas pelo autor, porque essa audiência ter por finalidade específica poder o magistrado aquilatar os requisitos exigidos pela lei para a concessão de liminar para ordenar ou não a reintegração na posse do imóvel. No caso, como as partes solicitaram a suspensão do processo para eventual transação, a suspensão da audiência de justificação perde o sentido, pois faz afastar o perigo de dano. Inexistindo esse requisito, não se pode cogitar no deferimento da liminar. Assim, compreendendo o magistrado a desnecessidade daquela audiência, houve por bem não a realizar e examinou o pedido, indeferindo-o mediante seu convencimento motivado.

Finalmente, tampouco se trata da concessão de tutela de evidência, pela ausência dos requisitos previstos no **artigo 311 e incisos do novo Código**

Acesso ao Sumário

1 Art. 561. Incumbe ao autor provar:
I - a sua posse;
II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;
III - a data da turbação ou do esbulho;
IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção, ou a perda da posse, na ação de reintegração.

de Processo Civil[2], por não se enquadrar a hipótese dos autos em nenhuma das situações ali contidas, uma vez que não se vislumbra abuso no direito de defesa ou ato protelatório e a ação não se encontra pronta para julgamento, pois necessária a instrução a apuração da veracidade dos fatos afirmados pelas partes.

Assim, ao menos nesse momento processual, sob qualquer ótica que se examine a questão e sob qualquer fundamentação, não é caso de se deferir a reintegração da posse ao agravante.

II. Diante do exposto, por meu voto, **nega-se provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2127774-52.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CARLOS EDUARDO DAL SANTO DE SOUZA, é agravado FABIO ALEXANDRE DE ARAUJO.

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 14286 – JV)**

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

São Paulo, 18 de setembro de 2018.

FORTES BARBOSA, Relator

Ementa: Cumprimento de sentença - Ação declaratória e indenizatória - Rescisão de contrato de trespasse reconhecida - Imissão na posse do estabelecimento pelo alienante - Mera consequência do acolhimento da pretensão principal - Pedido implícito - Aplicação do art. 322, §2º do CPC de 2015 - Necessidade de retorno das partes ao "status quo ante" - Decisão reformada

Acesso ao Sumário

2 Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:
I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;
IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.
Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

- Recurso provido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento tirado contra decisão proferida pelo r. Juízo de Direito da 3ª Vara Cível do Foro Regional de Itaquera (Comarca da Capital), que, em sede de cumprimento de sentença, na parte que interessa ao presente recurso, ao apreciar pleito atinente à restituição da posse de estabelecimento empresarial, reportou o agravante ao tópico final da sentença proferida (fls.83/84).

O agravante aduz que, tendo em vista omissão na sentença em relação ao pedido de expedição de mandado de "imissão" na posse, opôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados. Assevera que, na fase de cumprimento de sentença, foi novamente indeferida a pretensão sobre a retomada do imóvel, sendo feita apenas uma referência ao tópico final da sentença proferida. Afirma que a ação movida tinha como objetivo o retorno das partes ao "*status quo ante*", sendo a "imissão" na posse do imóvel consequência da rescisão contratual declarada. Requer a antecipação dos efeitos da tutela recursal e, ao final, a reforma da decisão recorrida (fls. 01/12).

Foi indeferida a antecipação dos efeitos da tutela recursal (fls. 86/87).

Não foi apresentada contraminuta (fls.104).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

O agravante ajuizou ação declaratória e indenizatória contra o agravado, na qual requereu a rescisão de contrato de trespasse celebrado entre as partes, o qual envolveu, como objeto, o estabelecimento comercial Ninos Car (Carlos Eduardo Dal Santo de Souza - ME), localizado nesta Capital na Avenida Cerejeiras, nº 2314, Jardim Japão, pleiteando, ainda, a indenização por perdas e danos advindos do inadimplemento.

O agravado foi citado, mas não apresentou contestação, sendo reconhecida sua revelia, o que culminou com a procedência da ação, para reconhecer a rescisão dos contratos firmados pelas partes e declarar a perda das parcelas pagas pelo réu em favor do autor, a título de indenização.

Diante da ausência de recurso, após o trânsito em julgado da sentença, o agravante deu início ao cumprimento de sentença, ocasião em que requereu a imediata imissão na posse do imóvel descrito na petição inicial, sendo proferida a decisão recorrida que indeferiu o pedido, sob fundamento de que não foi formulado pedido de reintegração na posse do estabelecimento na petição inicial da ação de conhecimento.

O inconformismo, no entanto, merece prosperar.

Acesso ao Sumário

Na espécie, ainda que a petição inicial da ação declaratória e indenizatória não contenha explicitamente o pedido de reintegração de posse, consoante explicitado na decisão recorrida, é certo que foi formulada pretensão tendente ao reconhecimento da extinção culposa do contrato de trespasse celebrado entre as partes, o que, como consequência de seu acolhimento, impõe o retorno das partes ao "*status quo ante*", acarretando a reintegração de posse pretendida pelo agravante.

Ora, a retomada do estabelecimento pelo alienante está implícita e representa mera consequência da rescisão já reconhecida, o que remete ao artigo 322, §2º do CPC de 2015.

Neste sentido, "*mutatis mutandis*", a jurisprudência deste Tribunal, consoante a ementa abaixo reproduzida:

> "*Nulidades - Art. 398 do CPC - Juntada de jurisprudência e memória de cálculo - Não reconhecimento - Anexos que não constituem provas documentais - Ausência de abertura de vista após a transcrição da estenotipia realizada em audiência de conciliação - Irrelevância - Ocasião em que nada foi deliberado, além da prejudicial idade da conciliação em razão da ausência do réu - Desacolhimento - Cerceamento de defesa - Não configuração - Matéria que depende apenas de interpretação contratual - Descabimento da pretensão de prova oral - Impossibilidade jurídica do pedido - Cumulação de ação de rescisão contratual com reintegração de posse - Possibilidade - Retomada do imóvel que é mera conseqüência da rescisão - Preliminares afastadas. Compromisso de compra e venda - Rescisão pedida pela vendedora - Inadimplência do comprador - Procedência - Devolução das prestações pagas negada - Inconformismo - Acolhimento - Providência que decorre da rescisão - Desnecessidade de reconvenção - Determinação de retenção de 25% dos valores pagos, pelas perdas e danos, diante da culpa do comprador - Recurso parcialmente provido.*"
>
> (TJSP; Apelação Com Revisão 0089820-36.2000.8.26.0000; Relator (a): Grava Brazil; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Bernardo do Campo - 7ª. Vara Cível; Data do Julgamento: N/A; Data de Registro: 18/03/2006).

Ademais, até mesmo por economia processual a imissão na posse deve ser deferida, sendo desnecessário o ajuizamento de uma ação possessória específica, mormente se já reconhecido o inadimplemento do réu (adquirente) e o direito do autor (alienante), ausente, portanto, justa causa para a permanência da posse com aquele que descumpriu o pactuado.

Como se não bastasse, nem mesmo haveria de se levar em consideração qualquer circunstância adicional, observada a revelia decretada e a respectiva

Acesso ao Sumário

renúncia ao exercício do direito de defesa pelo agravado.

Corolário do exposto, impõe-se o provimento do recurso para que seja reformada a decisão recorrida, ficando autorizada, desde já, a imissão na posse do estabelecimento pelo agravante.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2173771-58.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante VANIA PARANHOS, é agravada ISABEL VIEIRA GAZOLA.

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 13.000)**

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

São Paulo, 2 de outubro de 2018.

ALBERTO GOSSON, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DECISÃO AGRAVADA QUE INDEFERIU O PEDIDO DE PENHORA DE PREVIDÊNCIA PRIVADA E NÃO RECONHECEU FRAUDE À EXECUÇÃO. INCONFORMISMO. ART. 833, X, CPC. IMPENHORABILIDADE QUE ABRANGE EXCLUSIVAMENTE AS CADERNETAS DE POUPANÇA. CARÁTER ALIMENTAR DE QUANTIA OBJETO DE APLICAÇÃO FINANCEIRA NÃO FOI DEMONSTRADO NOS AUTOS. ALIENAÇÃO DE BEM IMÓVEL ANTERIOR À CITAÇÃO DE EMPRESA CUJA PERSONALIDADE JURÍDICA FOI DESCONSIDERADA. INEXISTÊNCIA DE FRAUDE À EXECUÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 792, §3º, DO CPC C/C ENUNCIADO Nº 52, DO ENFAM. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos,

VANIA PARANHOS agrava de instrumento da r. decisão interlocutória de fls. 66/67, que, nos autos do incidente de desconsideração de personalidade jurídica (apenso a ação de execução de título extrajudicial), movida contra **ISABEL VIEIRA GAZOLA**, declarou a impenhorabilidade dos valores expostos à fl. 37 - com a consequente determinação de que fossem restituídos à executada - além de reconhecer a operação de alienação do imóvel de 28.09.2015 como não ilustrativa de fraude à execução, assim fundamentando:

> Vistos. 1) Fls. 30/34: o Superior Tribunal de Justiça tem reiterado entendimento de que a impenhorabilidade prevista no artigo 833, inciso X, do Código de Processo Civil, alcança não só os valores guardados em conta poupança, mas, também, mantidos em investimentos, desde que limitados a 40 salários mínimos e não comprovado abuso, má-fé ou fraude. Observe-se, por oportuno, o julgado abaixo colacionado [...] No caso sob exame, o documento de fls. 37 comprova que os valores bloqueados estavam em aplicação financeira e são inferiores a 40 salários mínimos. Por outro lado, em sua petição de fls. 47/49, a Exequente não comprova que estejam presentes elementos que afastem a impenhorabilidade, mencionando apenas que os valores não sofrem movimentação há tempos isso, todavia, não demonstra abuso, fraude ou má-fé, pois o montante está sendo guardado tal qual estivesse em caderneta de poupança. Assim, declara-se sua impenhorabilidade e determina-se sua restituição à Executada, determinando-se a expedição de guia de levantamento. 2) A Executada não fez parte do processo originário, tendo sido responsabilizada subsidiariamente e chamada a responder pelo débito em decorrência da decisão de fls. 04/05,proferida em 28/02/2018; anote-se, por necessário, que os cheques originariamente executados foram emitidos pela empresa da qual ela é sócia (fls. 07/12). Consequentemente, se a mencionada alienação do imóvel ocorreu em 28/09/2015 e àquele tempo ela não possuía responsabilidade pessoal pelos débitos e, principalmente, não fazia parte do processo, é infundado o pleito de declaração de fraude à execução, diante do que dispõe o artigo 792, inciso IV, do Código de Processo Civil. Intimem-se

Inconformada, argumenta a agravante, em síntese, que a executada foi beneficiada em razão dos valores recebidos pela sua empresa, sendo que, no tocante ao imóvel de matrícula nº 49.172 (18º Cartório de Registro de Imóveis de São Paulo), "[...] vendeu e transferiu bens de sua propriedade, aos 28 de setembro de 2.015, quando já tinha efetivamente emitido os cheques sem provisão de fundos - 14/09/2015, 14/10/2015 e 14/11/2015, objetos da execução, ou seja, após estar em débito e perpetrando esquivar-se do pagamento dos compromissos assumidos [...] incorrendo em fraude à execução, fato que por si

Acesso ao Sumário

só torna nula a venda e transferência realizada" (cf. fls. 5/6; grifei).

Em relação às quantias arrestadas, salienta que estão aplicadas financeiramente, pelo que inexiste utilização ao seu sustento.

A agravante pugna, pois, pela reforma da r. decisão a fim de que seja mantido o bloqueio *on-line* dos valores mencionados, com consequente levantamento a seu favor e penhora do referido imóvel.

Recurso tempestivo, preparado (cf. fls. 8/9) e respondido (cf. fls. 132/140).

Informações do DD. Juízo *a quo* às fls. 128/130.

É o relatório.

O recurso merece parcial provimento.

É certo que o inciso X do artigo 833 do CPC expressamente qualifica como bem impenhorável:

"a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos;" (grifei).

Seguindo a linha do CPC/73 (artigo 649, X), o legislador pretende proteger quantia depositada em conta de poupança, presumivelmente, apartada dos valores quotidianamente movimentados pelo correntista, com a finalidade de manter uma reserva para eventualidades.

O propósito é evidente: preservar o poupador de bloqueios, penhoras e arrestos que possam atingir essa "reserva de contingência" que poderá ser utilizada pelo depositante em situações de necessidade ou com vistas à aquisição de algum bem necessário para si próprio ou para sua família.

No caso dos autos, trata-se de aplicação financeira na monta de R$ 18.903,40 (cf. fl. 37). Ora, se o legislador quisesse resguardar ativos financeiros até quarenta salários mínimos seja de que origem fosse, não teria explicitado no enunciado do inciso X - **caderneta de poupança**!

É de observar que não há qualquer prova no sentido de que a verba em discussão tenha caráter alimentar, pelo que reputo correto o entendimento de que "os valores arrestados estão disponibilizados em aplicações financeiras, há mais de ano, fato que por si só comprova que a mesma não utiliza tais verbas para sua manutenção [...]" (cf. fl. 6).

No que tange ao bem imóvel de matrícula nº 49.172, constato que sua alienação para ROBERTO ARDINGO GAZOLA ocorreu em 28.09.2015 (cf. fl. 59) - anteriormente, pois, à citação da empresa RESERVA PESSOAL DECORAÇÕES LTDA. ME no feito executivo, que se deu em 02.06.2016 (cf. fl. 66 dos autos nº 1001691-70.2016.8.26.0002).

Dessa forma, não resta caracterizada fraude à execução, tendo em vista que, nos termos do art. 792, §3º, do CPC, "nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se **a partir da citação da**

parte cuja personalidade se pretende desconsiderar" (grifei).

Assim, essa inovação, que não encontra norma correspondente na sistemática do Código de Processo Civil de 1973, foi objeto do Enunciado nº 52 do ENFAM, que dispõe que "**a citação a que se refere o art. 792, § 3º, do CPC/2015 (fraude à execução) é a do executado originário**, e não aquela prevista para o incidente de desconsideração da personalidade jurídica (art. 135 do CPC/2015)" (grifei).

Ante o exposto, **dá-se parcial provimento ao recurso**, para, tão somente, autorizar a penhora do saldo de R$ 18.903,40 exposto no extrato de fls. 37.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2057837-52.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravada NOEMIA MINHONI MENEGHESSO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 57.139)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SOUZA LOPES (Presidente) e AFONSO BRÁZ.

São Paulo, 2 de outubro de 2018.

JOÃO BATISTA VILHENA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EXECUÇÃO INDIVIDUAL - SUSPENSÃO DO PROCESSO - Descabimento - Suspensão de julgamento determinada em recursos extraordinários mencionados nas razões recursais, envolvendo expurgos inflacionários de planos econômicos, que não se aplica em hipótese de sentença transitada em julgado, como no caso concreto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EXECUÇÃO INDIVIDUAL - PRESCRIÇÃO - É quinquenal o prazo prescricional para o ingresso com pedido de cumprimento de sentença pelo poupador,

Acesso ao Sumário

a contar do trânsito em julgado da ação coletiva - Entendimento pacificado pelo STJ em análise de recurso repetitivo - Prefacial de mérito rejeitada.

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 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 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 - EXECUÇÃO INDIVIDUAL - 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 desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

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

Sustenta o agravante, em síntese: prescrição quinquenal; ilegitimidade ativa; descabimento dos juros remuneratórios; que o marco inicial dos juros de mora deve ser a intimação para pagamento; que a correção monetária somente pode incidir pelos índices da caderneta de poupança.

É O RELATÓRIO.

Sem 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 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.

Acesso ao Sumário

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.

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.

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:

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 12 de julho de 2012, enquanto o trânsito em julgado da ação coletiva foi certificado aos 09 de março de 2011, não estando, portanto, operada a prescrição.

Acesso ao Sumário

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 - 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

Acesso ao Sumário

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

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

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

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

Logo, a incidência dos juros remuneratórios deve persistir computada no cálculo do débito, mês a mês, 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.

Acesso ao Sumário

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; j. 05/04/2006)

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 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*

Acesso ao Sumário

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. 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*

Acesso ao Sumário

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).

Por fim, deixo de majorar a verba honorária nos termos do § 11, do art. 85, do Código de Processo Civil, porquanto não foram arbitrados honorários para serem elevados.

Acesso ao Sumário

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

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2130852-54.2018.8.26.0000, da Comarca de Carapicuíba, em que é agravante UBIRATA BEETZ DE SOUZA, é agravado INSTITUTO HOC DE HEMOTERAPIA 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 24.781)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente sem voto), CARMEN LUCIA DA SILVA E MARCONDES D'ANGELO.

São Paulo, 27 de agosto de 2018.

EDGARD ROSA, Relator

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - AÇÃO AJUIZADA EM FACE DO ESPÓLIO - CITAÇÃO REALIZADA NA PESSOA DO TESTAMENTEIRO - POSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE INVENTÁRIO - REPRESENTAÇÃO ATIVA E PASSIVA DO ESPÓLIO PROMOVIDA PELO ADMINISTRADOR PROVISÓRIO DESDE A ABERTURA DA SUCESSÃO ATÉ O COMPROMISSO PRESTADO PELO INVENTARIANTE NOS AUTOS DO INVENTÁRIO - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 614 DO CPC E ART. 1.797 DO CC - EXECUÇÃO QUE NÃO SE VOLTA CONTRA OS HERDEIROS, MAS QUE RECAI SOBRE OS BENS DO ESPÓLIO E, QUANDO REALIZADA A PARTILHA, OBSERVARÁ OS LIMITES DA FORÇA DA HERANÇA - OBJEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Acesso ao Sumário

OPOSTA POR UM DOS HERDEIROS QUE NÃO PODE DEMANDAR DILAÇÃO PROBATÓRIA - DE CUJUS QUE FOI BENEFICIÁRIO DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS HOSPITALARES E QUE É PARTE LEGÍTIMA PARA FIGURAR NA AÇÃO DE COBRANÇA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO EM SENTIDO CONTRÁRIO - NOME DE AMBOS OS FILHOS E DE SEU GENITOR CONSTANTES NO TERMO DE RESPONSABILIDADE - NULIDADE DE CITAÇÃO NÃO VERIFICADA - PARTES, ADEMAIS, QUE COMPARECERAM AOS AUTOS O QUE SUPRE QUALQUER FALTA OU NULIDADE DA CITAÇÃO - DECISÃO MANTIDA. - Recurso desprovido.

VOTO

1) Trata-se de tempestivo recurso de agravo de instrumento, interposto contra a r. decisão copiada às fls. 467/468, não declarada (fls. 496/497), que rejeitou a exceção de pré-executividade oposta por UBIRATÃ BEETZ DE SOUZA nos autos da ação de cobrança, em etapa de cumprimento de sentença, que lhe move o INSTITUTO HOC DE HOMOTERAPIA LTDA.

Sustenta o agravante, em síntese, nulidade da decisão agravada, que não teria enfrentado as alegações de nulidade da citação e nulidade da execução, em razão inexigibilidade do título. No mérito, requer a reforma da decisão, para "*que seja decretada a nulidade da obrigação prevista em título executivo por inexigibilidade em face do Agravante, bem como nulidade da execução, nos termos do arts. 525, § 1º, III, 783, 786, 803, I, CPC, face a inexistência do direito perseguido, destoando sua inexigibilidade, posto que é incontroverso nos autos que foi o Sr. Carlos Augusto Beetz de Souza que assumiu tal encargo quanto aos pagamentos, (art. 308, CC), logo, a presente obrigação é inexigível, cuja demonstração afigura-se de plano, por se tratar de MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA devendo ser declarada de ofício, nos termos do art. 803, parágrafo único, CPC, visto que não houve qualquer assunção de responsabilidade pelo Sr. Ubirajara Cavalheiro de Souza (falecido), sendo evidente na presente demanda, nos termos da Súmula n. 393, STJ; seja decretada a nulidade da execução, bem como da obrigação por inexigibilidade da obrigação, visto que o de cujus não continha capacidade para estar em juízo, (art. 70, 75, VII, 616, VI, CPC), especialmente pela ausência de abertura de inventário pela Agravada, inexistindo qualquer interesse de agir no feito, (art. 17, 485, VI, § 3º, CPC), impossibilitando a responsabilidade pessoal do Agravante por débitos do falecido (art. 5º, XLVI, b , CRFB), cuja demonstração afigura-se de plano". Por fim, aguarda "seja declarada a nulidade da citação, bem como a inexistência de*

Acesso ao Sumário

relação jurídico-processual, (art 525, § 1º, I, CPC) visto que inexistente citação válida e regular do Agravante no presente feito executivo, nos termos do art. 19, I, CPC, 169, CC, ensejando em nulidade insanável de existência, posto que a ausência de citação, enseja a inexistência do processo, ante a ausência de triangularização processual" (fls. 1/39).

O recurso foi processado apenas no efeito devolutivo.

Contrarrazões apresentadas (fls. 527/534).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

2) Admito o recurso, pois a decisão combatida está prevista no rol taxativo do novo Código de Processo Civil, no art. 1.015, parágrafo único.

3) Trata-se ação de cobrança, ora em fase de cumprimento de sentença, ajuizada pelo INSTITUTO HOC DE HEMOTERAPIA LTDA. em face do ESPÓLIO DE UBIRAJARA CAVALHEIRO DE SOUZA, representado por CARLOS AUGUSTO BEETZ DE SOUZA, na qualidade de testamenteiro.

À época do ajuizamento da ação, em junho de 2014, o Sr. Carlos Augusto Beetz de Souza foi nomeado testamenteiro no processo de abertura, registro e cumprimento de testamento de nº 1001043-74.2014.8.26.0127 (fls. 76 / 27 do processo de origem e fls. 30 do incidente de cumprimento de sentença). Por isso, a citação do espólio foi corretamente realizada em seu nome (fls. 72 do processo de origem).

Enquanto não promovido o inventário e realizada a partilha, os bens do *de cujus* integram o espólio, que nos termos do art. 75, inc. VII do CPC, será representado em juízo, ativa e passivamente, pelo inventariante.

Contudo, até que o inventariante preste o devido compromisso, tal representação será feita pelo administrador provisório, conforme preceitua o art. 613 do CPC.

Sendo assim, enquanto não promovida a partilha, desnecessário exigir a habilitação de cada um dos herdeiros, pois o espólio responde pelas obrigações do *de cujus*, podendo ser representado, no interregno entre a abertura da sucessão e o compromisso do inventariante, pelo administrador provisório da herança, conforme ordem de preferência fixada no art. 1.797 do Código Civil.

Nesse sentido é o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça:

"*PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO DE CUJUS. POSSIBILIDADE DE EMENDA À INICIAL ATÉ A CITAÇÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE INVENTÁRIO DOS BENS DO FALECIDO. LEGITIMIDADE DO ESPÓLIO PARA FIGURAR COMO DEVEDOR EM AÇÃO DE EXECUÇÃO. REPRESENTAÇÃO. ADMINISTRADOR PROVISÓRIO.*

Acesso ao Sumário

POSSIBILIDADE.

1. Até a citação, a parte autora pode emendar a inicial, com a correção do pólo passivo, em razão de não ter ocorrido a estabilização do processo. Inteligência dos arts. 264 e 294 do CPC.

2. O Tribunal de origem, embora fundado em premissa equivocada, manifestou-se expressamente quanto à questão suscitada pelo recorrente, não havendo falar em negativa de prestação jurisdicional. 3. Pelo princípio da saisine, previsto no art. 1.784 do CC-02, a morte do de cujus implica a imediata transferência do seu patrimônio aos sucessores, como um todo unitário, que permanece em situação de indivisibilidade até a partilha.

4. Enquanto não realizada a partilha, o acervo hereditário - espólio - responde pelas dívidas do falecido (art. 597 do CPC) e, para tanto, a lei lhe confere capacidade para ser parte (art. 12, V, do CPC).

5. Acerca da capacidade para estar em juízo, de acordo com o art. 12, V, do CPC, o espólio é representado, ativa e passivamente, pelo inventariante. No entanto, até que o inventariante preste o devido compromisso, tal representação far-se-á pelo administrador provisório, consoante determinam os arts. 985 e 986 do CPC.

6. O espólio tem legitimidade para figurar no pólo passivo de ação de execução, que poderia ser ajuizada em face do autor da herança, acaso estivesse vivo, e será representado pelo administrador provisório da herança, na hipótese de não haver inventariante compromissado.

7. Recurso especial conhecido e provido."

(REsp n. 1.386.220/PB, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 12/9/2013.)

Cabe observar que nos termos do art. 1.797 do Código Civil, até o compromisso do inventariante, a administração da herança caberá, sucessivamente: I - ao cônjuge ou companheiro, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão; II - ao herdeiro que estiver na posse e administração dos bens, e, se houver mais de um nessas condições, ao mais velho; **III - ao testamenteiro**; IV - a pessoa de confiança do juiz, na falta ou escusa das indicadas nos incisos antecedentes, ou quando tiverem de ser afastadas por motivo grave levado ao conhecimento do juiz.

O testamenteiro acaba por exercer função de inventariante e, no caso, coube-lhe corretamente representar o espólio no polo passivo.

A habilitação dos herdeiros na fase de cumprimento de sentença não implica na execução dos seus bens pessoais, haja vista que esta recai sobre bens do espólio (v.g. fls. 35/43 do incidente de cumprimento de sentença), como bem observado pelo juízo *a quo*. Quando feita a partilha, os herdeiros responderão na proporção que lhes couber da herança.

Assim, não há que se falar em nulidade da execução por ausência de

Acesso ao Sumário

abertura de inventário.

4) Do mesmo modo não merece prosperar a preliminar de ilegitimidade passiva.

O agravante busca imputar a responsabilidade do débito ao seu irmão, testamenteiro citado, alegando que este firmou o termo de responsabilidade e que seu genitor, executado, nunca reconhecera qualquer obrigação de pagamento com a agravada.

Todavia, isto não é o que se depreende do termo de responsabilidade juntado a fls. 65 (fls. 16 do processo de origem). Deveras, logo após a assinatura aposta no documento, consta o nome do próprio agravante, não se demonstrando a quem pertence tal assinatura, fato controverso que não cabe elucidar em sede de exceção de pré-executividade.

Ora, o beneficiário do contrato de prestação de serviços médico-hospitalares foi o *de cujus*, de modo que em princípio lhe caberia arcar com tais despesas.

5) Quanto à alegada nulidade de citação, tampouco merece provimento o recurso neste ponto.

Pelo que se depreende das fls. 52 e 153 do incidente de cumprimento de sentença, o agravante foi devidamente citado, não havendo que se falar em nulidade da citação, em razão da certidão de fls. 61 do processo de origem constar o nome do falecido genitor do agravante.

Ademais, como bem salientado pelo juízo *a quo*, com o comparecimento espontâneo da parte, supre-se qualquer falta ou nulidade de citação.

No caso do agravante, além de ter sido devidamente citado, opôs exceção de pré-executividade.

Com relação ao seu irmão, o testamenteiro que recebeu a citação em nome do espólio, este também já tinha conhecimento dos autos, tendo participado na audiência de conciliação (fls. 419 do incidente de cumprimento de sentença).

6) Deixo de condenar o agravante à litigância de má-fé, pois considero que se limitou a expor as razões de sua irresignação, dentro de quadro do cotidiano forense, o que afasta a possibilidade de aplicação de multa. Litigante de má-fé, *improbus litigator*, é a parte que age de forma **dolosa**, causando dano processual efetivo, o que não ocorreu no caso concreto.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

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

2174834-21.2018.8.26.0000, da Comarca de Barueri, em que são agravantes ALEXANDRE VICENTE DA SILVA e FRANCISCA SELMA FERREIRA DA SILVA, é agravada RENATA GRAZIELA BATISTA COUTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.503)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS FERNANDO NISHI (Presidente) e CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA.

São Paulo, 13 de setembro de 2018.

FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de indenização por danos materiais e morais. Cumprimento de sentença. Não localização de bens da devedora passíveis de penhora. Insurgência contra a decisão que indeferiu a suspensão da CNH da devedora pessoa física até o pagamento da obrigação. Descabimento. Medida desproporcional e que não assegura diretamente a efetividade da execução. Indeferimento. Decisão mantida. Recurso improvido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Alexandre Vicente da Silva, tirado contra a r. decisão aqui por cópia a fl.131 - fl. 511 dos originais - que, em autos de ação de indenização por danos materiais e morais, em fase de cumprimento de sentença, indeferiu a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação da executada, ora agravada.

Diz que "diante dos fortes indícios de ocultação patrimonial da Agravada, e uma vez que todas as medidas convencionais de localização de bens já foram esgotadas, resta imperiosa a necessidade de tentativa de meios alternativos de execução, à luz do disposto no artigo 139, inciso IV do Código de Processo Civil" (fls. 7/8).

Argumenta que "a carteira nacional de habilitação confere ao cidadão apenas o direito de dirigir, o qual não pode ser confundido com o direito de ir e vir!" (fl. 18).

Requerem "seja concedido liminarmente a tutela antecipada recursal "inaudita altera pars", nos termos do artigo 1.009, inciso I do CPC, para que seja deferido a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação - CNH da agravada e,

Acesso ao Sumário

a final, "seja dado provimento ao presente recurso para reformar o r. despacho agravado, para determinar a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação - CNH da Agravada, confirmando a tutela antecipada requerida na alínea "a" (fl. 35/36).

Com a inicial vieram os docs. de fls. 90/166.

É o relatório do necessário.

O presente recurso não merece provimento.

A fim de conferir efetividade à execução, diante da ausência de bens penhoráveis, o agravante requer a adoção de medidas coercitivas como a suspensão da CNH da agravada.

A respeitável decisão guerreada indeferiu o pedido, e deixou consignado "não vislumbrar utilidade prática para o processo", o que motivou a interposição deste agravo de instrumento.

Pois bem.

Conquanto de fato o artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil de 2015 tenha estabelecido o poder geral de efetivação ao juiz, que permite a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, referido poder não é e não pode ser ilimitado, sob pena de ofensa a direitos fundamentais previstos na Carta Magna.

Vale aqui a ressalva de 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*", nos termos do art. 8º do próprio Código de Processo Civil de 2015.

Assim, em que pese a legislação processual atual autorizar medidas que assegurem e acelerem a satisfação do direito de crédito do exequente, referido direito não pode se sobrepor a direitos fundamentais da executada.

Nos termos do art. 789 do Código de Processo Civil de 2015, "*O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei*".

Acesso ao Sumário

Em outras palavras, a responsabilidade do devedor é patrimonial, de forma que o referido dispositivo legal (art. 139, inciso IV, do CPC/2015) não é previsão ou permissivo para a aplicação de penas ao devedor, que não forem expressamente previstas em Lei. Entendimento em sentido contrário teria conotação de retrocesso e contrariaria as evoluções legislativas que extinguiram medidas dessa natureza.

Além disso, a adoção de medidas destinadas a suspender a CNH da executada afigura-se desproporcional. Ainda mais porque a imposição dessas restrições à executada não assegura diretamente a satisfação da execução,

em razão da ausência de bens penhoráveis. Assim, sua utilidade prática é questionável, além de não se vislumbrar qualquer benefício direto para o exequente.

Não se desconhece a necessidade de se garantir a efetividade da execução, mas a medida requerida é demasiadamente gravosa e viola as liberdades públicas da executada. Portanto, não pode ser admitida como forma de satisfação da condenação pecuniária.

Nesse passo, ensina Humberto Theodoro Júnior que: "*O objeto da execução forçada são os bens do devedor, dos quais se procura extrair os meios de resgatar a dívida exequente, Não há, no processo de execução, provas a examinar, sem sentença a proferir. Daí porque a falta de bens penhoráveis do devedor importa suspensão sine die da execução (art. 791, III)*" (*in* "Curso de Direito Processual Civil", volume II, Editora Forense, 46ª edição, pág. 490).

Destarte, por não ser admissível o bloqueio ou suspensão da Carteira Nacional de Habilitação - CNH da executada como forma de compeli-la ao cumprimento da condenação pecuniária, a respeitável decisão agravada deve ser mantida, a fim de impedir o bloqueio/suspensão ou, caso a medida já tenha sido efetivada, de desbloquear a CNH da agravada.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2144512-18.2018.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante MANHATTAN SANTOS EMPREENDIMENTO LTDA., é agravado VICTOR DANIEL DO REGO SILVA.

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 36300)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente) e L. G. COSTA WAGNER.

São Paulo, 14 de setembro de 2018.

SOARES LEVADA, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de despejo por falta de pagamento. Relação locatícia firmada com seis locatários. Pretensão de ajuizamento da demanda

Acesso ao Sumário

com relação a somente um deles. Descabimento. Solidariedade do art. 2º da Lei 8.245/91 que diz respeito à natureza da obrigação firmada e não com relação ao processo. Inviabilidade de supressão da possibilidade da purga da mora e de constituição de coisa julgada frente a quem não participou da demanda. Determinação de inclusão dos demais co-locatários no polo passivo mantida. Agravo improvido.

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que, em ação de despejo por falta de pagamento, determinou a inclusão no polo passivo da demanda de todos os locatários indicados no contrato, em dez dias, sob pena de indeferimento da inicial. Alega preliminarmente ausência de fundamentação da r. decisão monocrática; no mérito, repisa a previsão legal expressa de solidariedade entre os locatários, contida no artigo 2º da Lei 8.245/91, refutando a existência de litisconsórcio necessário e batendo-se pela possibilidade de ajuizamento do despejo contra apenas um dos locatários, com a extensão de seus efeitos a todos os outros cinco locatários. Preparo reguçar. Recurso processado no efeito meramente devolutivo. Inexistência de citação da parte contrária.

É o relatório.

Fundamento e decido.

2. A r. decisão monocrática ora recorrida não padece de qualquer nulidade, estando suficientemente fundamentada, com a exposição bastante do entendimento monocrático acerca da existência de litisconsórcio passivo necessário entre os locatários do imóvel a justificar a determinação de ampliação do polo passivo da demanda.

No mérito, melhor sorte não assiste ao agravante.

Com efeito, a solidariedade prevista no artigo 2º da Lei 8.245/91 diz respeito à natureza da obrigação e à possibilidade de se cobrar a dívida de qualquer um dos locatários, mas nada tem a ver com relação processual a ser estabelecida com a ação de despejo.

Note-se que a lei exige, para demandas de despejo, a ciência dos sublocatários contratualmente autorizados acerca da propositura do feito sob pena de nulidade (art. 59, §2º, Lei 8.245/91), não havendo razão jurídica para se imaginar a possibilidade dos co-locatários serem surpreendidos com o desalijo desavisado ao final da demanda.

Frise-se, ainda, que a concessão da ordem de despejo sem ciência prévia dos demais contratantes levaria à indevida supressão da possibilidade de purga da mora, além de não se poder admitir a formação de coisa julgada

Acesso ao Sumário

frente a qualquer dos co-devedores que não tenham sido parte na demanda e na constituição do título judicial.

Assim sendo, de rigor a inclusão de todos os seis locatários do imóvel para fins de despejo, desde já ressalvado que, uma vez executado o despejo e finda a relação locatícia, aí sim poderá o locador acionar somente um dos ex-locatários para cobrar-lhe a integralidade do débito apurado.

3. Pelo exposto, **nega-se provimento ao agravo.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2165009-53.2018.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que é agravante NG METALÚRGICA S.A., é agravado CLARO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 14715)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ISRAEL GÓES DOS ANJOS (Presidente sem voto), JOÃO PAZINE NETO e SERGIO GOMES.

São Paulo, 17 de setembro de 2018.

PEDRO KODAMA, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Prestação de serviços. Ação de rito ordinário. Indeferimento do pedido de aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Descabimento. Autora que se enquadra no conceito de destinatária final do serviço. Inversão do ônus probatório, no entanto, inadmissível em decorrência da ausência do preenchimento dos requisitos legais. Decisão parcialmente reformada. Recurso provido em parte.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra a decisão copiada a fls. 33/34, que indeferiu o pedido de aplicação do CDC, sob o fundamento de que a autora não é destinatária final do produto comercializado pela ré, uma vez que o utiliza para fomentar sua atividade comercial.

Inconformada, a autora interpõe recurso de agravo de instrumento

Acesso ao Sumário

sustentando, em síntese, que aderiu aos serviços de telefonia móvel da agravada por meio de um agente autorizado. Alega que ficou acordado entre as partes que não haveria adesão ao Contrato de Permanência, por parte da agravante, motivo pelo qual este instrumento não foi assinado. No entanto, após meses de má qualidade dos serviços de telefonia prestados, a agravante decidiu não mais utilizá-los, vez que a deficiente execução de tais serviços estava prejudicando o bom andamento dos negócios da agravante, a qual depende de telefonia móvel para contatar clientes e gerir o trabalho de seus funcionários. Rescindido o contrato de adesão, a agravante foi surpreendida pela cobrança de multa, por parte da agravada, por suposta assinatura em Contrato de Permanência, que não foi assinado. Sustenta que houve fraude com a colagem da assinatura do representante da agravante lançada em outro documento. Não reconhece a aplicação de qualquer multa em decorrência da rescisão havida. Argumenta ser cabível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do mencionado diploma. Relata que a hipossuficiência está caracterizada, na medida em que a agravada, detentora das técnicas dos serviços prestados, sob concessão, possui os meios (protocolos de reclamações, gravações telefônicas, registros, contratos) para provar o que de fato houve na relação de consumo. Afirma ser necessária a inversão do ônus da prova, quando do início da instrução, a fim de viabilizar a produção da prova pericial nos documentos a serem apresentados pela agravada. Alega que em consequência da inversão do ônus da prova, os honorários do perito judicial deverão ser custeados pela agravada. Pugna pela concessão do efeito suspensivo e ao final requer o provimento do recurso para que seja reconhecida a aplicação do CDC ao processo, com a consequente inversão do ônus da prova (fls. 01/14).

O recurso foi recebido apenas em seu efeito devolutivo.

Certificado o decurso de prazo para apresentação de contrarrazões (fls. 42).

É o relatório.

Versa o feito principal sobre prestação de serviços telefônicos.

A r. decisão recorrida, respeitada a convicção do MM. Juiz de primeiro grau, deve ser parcialmente reformada.

O artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor estabelece que "*consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*"

No caso em apreço, é perfeitamente possível a aplicação do estatuto consumerista, visto que a agravante contratou os serviços de telefonia como destinatária final, já que os serviços adquiridos não estão diretamente vinculados a sua atividade fim, quais sejam: *a)* industrialização de equipamentos industriais, elaboração e execução de projetos de engenharia e a prestação de serviços

atinentes; *b)* comercialização de equipamentos e acessórios em geral; *c)* serviços de usinagem mecânica e tratamento térmico; *d)* participação em outras sociedades na qualidade de sócia quotista ou acionista (fls. 27 autos originários).

Nesse sentido, decisões desse E. Tribunal:

"*Rescisão contratual c/c nulidade de cláusulas contratuais. Prestação de serviços de telefonia. Código de Defesa do Consumidor que se aplica ao caso em análise. Todavia, não é hipótese de inversão do ônus da prova, mas de aplicação do ônus da prova decorrente do artigo 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor. Contratos juntados pelas partes e que demonstra ciência inequívoca da Autora quanto aos termos da contratação. Estipulação do prazo de fidelização superior a 12 meses que encontra amparo na Resolução 623/2014 da Anatel. Plano corporativo que é ressalvado no artigo 59 do Anexo I à Resolução 623/2014 da Anatel. Sentença mantida. Verba honorária majorada para R$ 1.200,00. Recurso não provido*."

(Apelação 1000303-64.2018.8.26.0196; Relator (a): JOÃO PAZINE NETO; Órgão Julgador: 37ª Câmara de Direito Privado; Foro de Franca - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/08/2018; Data de Registro: 29/08/2018)

"*Indenizatória - cobrança indevida por prestação de serviços de telefonia móvel - aplicação do CDC mesmo sendo a autora pessoa jurídica, tendo em vista que os serviços por ela adquiridos não estão diretamente relacionados com sua atividade fim, sendo ela destinatária final - precedentes do STJ - cobrança excessivas em desacordo com a proposta comercial ofertada à autora - inadmissibilidade - desrespeito ao art. 30 do CDC - restituição em dobro - ação parcialmente procedente - recurso da ré improvido.*"

(Apelação 1000627-85.2017.8.26.0003; Relator (a): JOVINO DE SYLOS; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional III - Jabaquara - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/08/2018; Data de Registro: 29/08/2018)

De outro lado, incabível a inversão do ônus probatório, por ser medida excepcional e necessitar do preenchimento de certos requisitos, que não estão presentes no caso, como o da verossimilhança das alegações e hipossuficiência. Importante dizer, que o fato da agravada ser detentora das técnicas dos serviços prestados, não impede a agravante de provar a falha no serviço que lhe foi prestado.

Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

1. APLICABILIDADE DO CDC À RELAÇÃO MATERIAL DISCUTIDA NOS AUTOS - CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO IMPLICA A INVERSÃO

Acesso ao Sumário

AUTOMÁTICA DO ÔNUS PROBATÓRIO - NECESSIDADE DE ANÁLISE QUANTO AO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS ELENCADOS NO ART. 6º, VIII, DO CDC - INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS FIRMANDO A AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES DEDUZIDAS PELO CONSUMIDOR - IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO TEMA, POR PRESSUPOR NOVO ENFRENTAMENTO DO QUADRO FÁTICO DELINEADO NOS AUTOS - 2. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO, COM APLICAÇÃO DE MULTA. (AgRg no Ag 1187599/DF, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 22/02/2012).

Destarte, a r. decisão recorrida deve ser parcialmente reformada, apenas para permitir a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à demanda, mantido o indeferimento da inversão do ônus probatório.

Por fim, já é entendimento pacífico o de que não está obrigado o julgador a citar todos os artigos de lei e da Constituição Federal para fins de prequestionamento. Assim, ficam consideradas prequestionadas toda a matéria e disposições legais discutidas pelas partes.

Diante do exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2056737-62.2018.8.26.0000, da Comarca de Novo Horizonte, em que é agravante JOSE CARLOS FUSCHI (JUSTIÇA GRATUITA), é agravada JULHIANA BONI FUSCHI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, negaram provimento ao recurso. Vencido o 2º Juiz, que declara voto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.528)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA CATARINA STRAUCH (Presidente sem voto), MARCOS GOZZO e DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT.

São Paulo, 17 de setembro de 2018.

MOURÃO NETO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Processual. Ação de reintegração de posse. Decisão que indeferiu a concessão de liminar.

Pretensão à reforma. Reintegração de posse. Liminar que não pode ser concedida, uma vez que, em cognição sumária, além de não estar evidenciado o esbulho possessório (artigo 561 do Código de Processo Civil), não é possível falar em probabilidade do direito ou perigo de dano (artigo 300 do mesmo diploma). RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

I - Relatório.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por José Carlos Fuschi contra a decisão digitalizada a fls. 36/37 que, nos autos da ação de reintegração de posse que move em face de Julhiana Boni Fuschi, indeferiu a concessão de liminar ao fundamento de que "*o autor, com os parcos documentos que acompanham a exordial, não logrou comprovar, nesse momento processual, ser ele o possuidor do veículo objeto da lide*".

Pugna pela reforma do *decisum* ao argumento de que "*demonstrou todos os requisitos estampados no artigo 561 e incisos do Código de Processo Civil, fazendo jus ao deferimento da liminar, conforme prevê o artigo 562 do mesmo diploma legal, tendo em vista que é proprietário do veículo, conforme Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo em anexo*" (fls. 1/6).

Não foi concedida medida de urgência (fls. 50).

Sem contraminuta.

II - Fundamentação.

O agravante ajuizou ação de busca e apreensão em face da agravada aduzindo que é proprietário de automóvel que emprestou a ré, sua ex-esposa. Afirmando que, "*após várias tentativas amigáveis de obter seu veículo novamente, o Autor não obteve sucesso, recebendo, inclusive ameaças e agressões*", postulou pela concessão de tutela antecipada para ver o bem apreendido (fls. 7/11).

Observada sua incongruência pelo magistrado singular (fls. 33), a inicial foi emendada, requerendo o autor "*a alteração da natureza da ação para 'REINTEGRAÇÃO DE POSSE'*" (fls. 35).

Sobreveio então a decisão agravada, que considerou: "*O pedido liminar deve ser indeferido eis que, do exame dos autos, verifica-se que o autor, com os parcos documentos que acompanham a exordial, não logrou comprovar, nesse momento processual, ser ele o possuidor do veículo objeto da lide. Pelo contrário, os elementos probatórios trazidos pelo autor, indicam que existe dúvida sobre o verdadeiro possuidor do bem, tendo em vista a alegação do autor de que, após o divórcio do casal, transmitiu à ré a posse do veículo. Além*

Acesso ao Sumário

do mais, o autor não comprovou haver notificado a ré da sua intenção de reaver o bem, não havendo que se falar na ocorrência de esbulho. Como se sabe, para a concessão da liminar de reintegração de posse, deve o autor provar a sua posse anterior, o esbulho praticado, a data do esbulho e a perda da posse, nos moldes do artigo 561, do Código de Processo Civil. Assim, tendo em vista que os documentos trazidos aos autos não servem, nesse momento processual, para comprovar a posse do autor sobre o veículo, bem como o esbulho praticado pela ré, indefiro a medida liminar pleiteada" (fls. 36/37).

Pois bem.

O recurso não comporta provimento.

De início, cumpre destacar que este agravo de instrumento será julgado com observância dos exatos limites objetivos impostos pelo recorrente, ou seja, no âmbito da exata devolução que proporciona.

Pois bem.

A proteção possessória independe da alegação de domínio, possuindo como único fundamento o fato jurídico a posse. Ou seja, nas ações possessórias, a causa de pedir é o fato jurídico da posse. A posse ordinariamente é tutelada em si mesma e por si mesma (*ius possessionis*) e, mais, a transmissão voluntária da posse de coisa móvel (tradição) implica ordinariamente a transferência do domínio.

Na lição de Gustavo Tepedino, "***para uso das ações possessórias basta o ius possessionis, isto é, o exercício da posse, independentemente de estar apoiada em algum título jurídico (direito real ou obrigacional). Diverso o ius possidendi decorre exatamente do título possessório, por isso encontra tutela nas ações petitórias, nas quais se discute o título do qual deriva a posse. Assim, 'se o possuidor invoca a causa (título) que fundamenta a sua posse, pretenderá deslocar a controvérsia do ius possessionis, para o ius possidendi' (Gustavo Tepedino, Comentários, p. 137). Em síntese, portanto, 'o que se apura nas ações possessórias é a posse ('ius possessionis'), e não o direito à posse ('ius possidendi')'***" (Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2011. Volume III, página 468/469).

Por sua vez, consoante o artigo 300, *caput*, do novo Código de Processo Civil, "***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***".

Dois, como se vê, os requisitos indicados nesse dispositivo para a concessão da tutela de urgência: perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo e probabilidade do direito.

No caso concreto, nada, por ora, autoriza o deferimento da liminar de reintegração de posse, porquanto, em cognição sumária, não parecem estar

caracterizados nem o esbulho possessório, nem os requisitos elencados no aludido artigo do diploma processual civil.

Com efeito, tratando-se de eventual contrato verbal de empréstimo, não se tem, efetivamente, prova pré-constituída da existência dos alegados direitos e deveres a que se refere a inicial, não bastando para conferir probabilidade ao direito do autor, no mais, mera declaração unilateral transcrita em boletim de ocorrência (fls. 22/23).

Por sua vez, se de fato houvesse necessidade imediata e constante do autor de utilização do veículo, "*para dirigir-se ao médico, entre outros afazeres*" (fls. 8), certo é que, em primeiro lugar, não o haveria emprestado.

Ausentes, pois, os requisitos constantes no artigo 300 do Código de Processo Civil, e, no mais, não provados os itens dispostos no artigo 561 do mesmo diploma, não há que se falar na concessão da liminar pleiteada.

III - Conclusão.

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

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 05286)

Adotado na íntegra o relatório da lavra do E. Relator, passo a lançar minha divergência para anular a decisão agravada e determinar ao juízo monocrático que designe audiência de justificação.

Trata-se de ação de reintegração de posse ajuizada pelo agravante em face da agravada, sob o fundamento de esbulho do veículo inicialmente emprestado à ré. Entendeu o juízo *a quo*, na decisão agravada, que não estariam presentes os requisitos para a concessão da liminar pleiteada, prosseguindo-se o feito.

Com efeito, o art. 562 do Código de Processo Civil dispõe que: *"Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração,* ***caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada****"(grifos não originais)*.

Em outras palavras, na hipótese de o julgador entender pela inexistência de elementos suficientes para o deferimento da medida liminar alvitrada pela parte, se mostra imprescindível a designação de audiência de justificação prévia, conforme alocução imperativa da segunda parte do dispositivo supramencionado.

Cuida-se, nesse quadro, de norma de caráter cogente, e não dispositiva pelas partes ou mesmo pelo juízo.

Neste sentido, já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça e este Egrégio Tribunal, com destaques:

Acesso ao Sumário

"*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LIMINAR DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE.* ***INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO PRÉVIA. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SEGUNDA PARTE DO ART. 928 DO CPC.***

*1. '****Se a petição inicial não traz provas suficientes para justificar a expedição de mandado liminar de posse, deve o juiz cumprir o que dispõe a segunda parte do art. 928 do CPC e determinar a realização de audiência de justificação prévia com o fim de permitir ao autor a oportunidade de comprovar suas alegações****' (REsp 900.534/RS, Relator o Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, DJe de 14/12/2009).*

2. Agravo regimental a que se nega provimento"

(STJ, AgRg no AREsp 38.991/MT, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 26/08/2014).

"*RECURSO ESPECIAL.* ***AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE****. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE, EM AGRAVO DE INSTRUMENTO, CASSA A DECISÃO QUE HAVIA DEFERIDO A LIMINAR PARA DETERMINAR A REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO (CPC/1973, ART. 928), CONSIDERANDO A NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. CONTESTAÇÃO OFERECIDA PELO RÉU, DE FORMA PREMATURA, TENDO EM VISTA A CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO.* ***ALEGAÇÃO DE DESNECESSIDADE DA AUDIÊNCIA QUE NÃO PROSPERA. PARTICULARIDADES DO CASO. OBSERVÂNCIA DOS DISPOSITIVOS LEGAIS QUE REGEM A MATÉRIA.*** *RECURSO DESPROVIDO.*

1. Nos termos do art. 928 do CPC/1973 (correspondente ao art. 562 do CPC/2015), na ação de manutenção ou reintegração de posse, 'estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; ***no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada****'.*

2. O Tribunal de origem, ao cassar a decisão que deferiu a liminar por entender necessária a realização da audiência de justificação, deu estrito cumprimento ao aludido dispositivo legal, valendo ressaltar que o fato de o réu já ter apresentado contestação não impossibilita a realização da referida audiência, sobretudo porque, além de a contestação ter sido oferecida de forma prematura, pois o prazo não havia sequer iniciado, o

Acesso ao Sumário

processo está suspenso na origem desde então, não havendo que se falar em retrocesso procedimental.

3. Recurso especial desprovido"

(REsp 1668360/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 15/12/2017).

"Agravo de instrumento - Manutenção de posse - Liminar deferida - Posse não comprovada - Presença dos requisitos do art. 561 do NCPC não demonstrada - Decisão reformada - ***Necessidade de designação de audiência de justificação - Inteligência do art. 562, caput, segunda parte, do CPC/15*** *- Agravo provido."*

(TJSP; Agravo de Instrumento 2104594-07.2018.8.26.0000; Relator (a): Francisco Giaquinto; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro de Peruíbe - 2ª Vara; Data do Julgamento: 07/08/2018; Data de Registro: 07/08/2018)

"*POSSE - ação de manutenção de posse - r. despacho que indeferiu a liminar - insurgência -* ***ausência de audiência de justificação - exegese do art. 562 do CPC - necessidade de realização de audiência de justificação prévia para sustentar o deferimento ou indeferimento da proteção possessória pretendida em caráter de urgência - norma cogente - decisão anulada de ofício*** *- recurso não conhecido, com determinação*"

(TJSP; Agravo de Instrumento 2138736-37.2018.8.26.0000; Relator (a): Achile Alesina; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro de Presidente Epitácio - 1ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 18/07/2018; Data de Registro: 19/07/2018).

Conforme, ainda, lição da Professora Arlete Inês Aurelli (*Comentários ao Código de Processo Civil*, coordenado por Cássio Scarpinella Bueno. 1ª ed. Volume: 3. São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 54-55), "*Caso os requisitos necessários à concessão da liminar não fiquem demonstrados com documentos juntados à petição inicial, o juiz deverá designar uma audiência de justificação com tal finalidade, ainda que o autor não o tenha requerido na inicial. O juiz, nesse caso, deverá determinar a citação do réu para acompanhá-la, embora a prova ser realizada seja exclusivamente do autor, já que é ele que deverá provar que os requisitos necessários à obtenção da liminar estão presentes (...)*".

Destarte, imperioso reconhecer, pois, que a decisão profligada deve ser anulada, determinando-se a realização de audiência de justificação prévia para posterior apreciação do pedido liminar, sob pena de, no meu sentir, inafastável negativa de vigência do dispositivo do Código de Processo Civil.

Posto isso, pelo meu voto, **ANULAVA** de ofício a decisão agravada a fim de determinar a realização de audiência de justificação prévia, nos termos do art. 562 do CPC.

Acesso ao Sumário

MARCOS GOZZO, Desembargador, 2º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2171663-56.2018.8.26.0000, da Comarca de Leme, em que é agravante AYMORÉ CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A, é agravado ELENILTON IZIDIO DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 05505)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMPOS PETRONI (Presidente) e ANA CATARINA STRAUCH.

São Paulo, 3 de outubro de 2018.

MARCOS GOZZO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. Insurgência contra a decisão que considerou não comprovada a mora e determinou a intimação do devedor por edital, com o protesto do título. Equívoco da juíza de primeiro grau ao impor a emenda à inicial. Consumidor que tem o dever de manter seus dados atualizados perante o credor. E, sendo esse ônus da parte devedora, por óbvio não pode ser imputado à instituição financeira o dever de diligenciar em outros endereços. Notificação de fls. 32/33 dos autos em primeiro grau que se revela válida, eis que direcionada ao local apontado no contrato como endereço da recorrida. Devidamente comprovada a constituição em mora da agravada. Excepcionalidade da espécie que autoriza o conhecimento e provimento do presente recurso. Agravo provido para cassar a decisão profligada e deferir a liminar de busca e apreensão requerida, nos termos delineados na fundamentação.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por **AYMORÉ CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A** nos autos da ação de busca e apreensão proposta em face de **ELENILTON IZIDIO DOS SANTOS**, contra o *decisum* que considerou não comprovada a mora e determinou a intimação do devedor por edital, com o protesto do título.

Insurge-se a agravante, em síntese, alegando ser cabível a reforma da decisão, com vistas ao deferimento da liminar pretendida (fls. 01/138).

Indeferido por este Relator o efeito suspensivo/ativo (fls. 142).

É o relatório.

Passo ao voto.

De proêmio, insta salientar que, adotado, *in casu*, o procedimento especial do Decreto-lei nº 911/69, não há que se falar na intimação do agravado, ainda não citado na ação principal, para a oferta de contraminuta ao agravo (artigo 1.019, inciso II, do Código de Ritos). Isso porque deve prevalecer a disciplina específica no sentido de que a citação do devedor fiduciante seja efetivada apenas após o cumprimento da liminar de busca e apreensão, quando então o mesmo poderá emendar a mora (em 05 dias) ou contestar a demanda (em 15 dias).

Cinge-se o presente recurso, repita-se, a combater a decisão que considerou não comprovada a mora e determinou a intimação do devedor por edital, com o protesto do título, conforme se reproduz a seguir:

"*Vistos. Não basta a mera tentativa de entrega da notificação no endereço da devedora* {sic}*, com resultado 'mudou-se' (p.33), para regular comprovação da mora. Violação da* ***Súmula nº 72 do STJ*** *que impede a concessão da liminar. Se a devedora não foi encontrado {sic}, resta ao credor comprovar a mora mediante o protesto do título, intimando-a por edital* ***(RSTJ 178/329)****. Intime-se*" (fls. 135, destaques originais).

Os autos originários, como se nota, dizem respeito a ação de busca e apreensão movida pela instituição financeira autora em face do réu, cuja citação ainda não se aperfeiçoou.

Pois bem.

O que se pode dessumir da acurada análise do caderno processual é que a magistrada *a quo* equivocou-se ao determinar a emenda da inicial.

Isso porque seria absurdo impor-se à credora fiduciária, *in casu*, o ônus de aguardar o julgamento de apelo, que seria necessariamente provido, para ter a providência prevista de forma expressa na lei.

Nesse contexto, noto, porquanto consabido e relevante, que é dever do consumidor manter seus dados atualizados perante o credor. E, sendo esse ônus da parte devedora, por óbvio não pode ser imputado à instituição financeira o

Acesso ao Sumário

dever de diligenciar em outros endereços.

Desta forma, revela-se plenamente válida a notificação de fls. 32/33 dos autos em primeiro grau - eis que direcionada ao local apontado no contrato como endereço da recorrida (fls. 22) - e, por via lógica de consequência, tem-se por comprovada a constituição em mora da agravada.

Sem mais delongas, devido à excepcionalidade da espécie, o presente agravo deve ser conhecido e provido para deferir a liminar pleiteada, revogando-se a ordem do juízo monocrático.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO AO RECURSO** para cassar a decisão profligada e deferir a liminar de busca e apreensão requerida, nos termos delineados na fundamentação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2139547- 94.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes APPARECIDA BUOZI BASSI e CLAUDIO ROBERTO BASSI, é agravado CONDOMÍNIO EDIFÍCIO PORT PRINCE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19235)**

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

São Paulo, 5 de outubro de 2018.

MORAIS PUCCI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de Instrumento. Execução. Despesas condominiais. Decisão que concedeu a assistência judiciária aos executados, consignando que o benefício não abrangeria as custas e despesas processuais já desembolsadas pelo exequente e os honorários fixados no início do processo. Insurgência.

A concessão da assistência judiciária tem, em regra, efeitos "ex nunc". No presente caso, porém, os executados requereram a gratuidade em sua primeira manifestação nos autos, quando também postularam o valor entendido devido, razão por que a concessão do

benefício os isenta do pagamento das custas e despesas processuais iniciais e dos honorários. Do contrário, em ação de execução, o executado nunca poderia se beneficiar da assistência judiciária em relação a tais verbas, observando-se que sua incidência se dá antes da citação. Os efeitos "ex nunc" verificam-se quando a parte teve a oportunidade de requerer a gratuidade, não o fez e, após a incidência de alguma verba, a postulou, hipótese na qual não retroagirá o benefício para livrar o beneficiado do pagamento dessa verba. Agravo provido.

VOTO

Versam os autos sobre agravo de instrumento interposto contra a r. decisão proferida nos autos da execução de despesas condominiais movida por **CONDOMÍNIO EDIFÍCIO PORT PRINCE**, em relação a **APPARECIDA BUOZI BASSI** e **CLAUDIO ROBERTO BASSI**, que concedeu a assistência judiciária aos executados, consignando que o benefício não abrangeria as custas e despesas processuais já desembolsadas pelo exequente e os honorários fixados no início do processo.

Inconformados, eles requereram a concessão de efeito suspensivo à decisão agravada e, no mérito, a reforma dessa decisão.

O agravo é tempestivo e não foi preparado por serem os agravantes beneficiários da assistência judiciária.

Contraminuta à f. 36/40.

É o relatório.

Os executados, em sua primeira manifestação nos autos, requereram a concessão da assistência judiciária e depositaram valor para quitar a dívida.

A gratuidade foi concedida consignando-se que o benefício não abrangeria as custas e despesas processuais já desembolsadas pelo exequente e os honorários fixados no início do processo.

O agravo prospera.

A concessão dos benefícios da assistência judiciária produz, em regra, efeitos "ex nunc".

Desse modo, a cobrança das verbas de sucumbência só pode ser obstada se a condenação em seu pagamento for posterior à concessão da assistência judiciária.

Menciono, a propósito, os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL.

Acesso ao Sumário

AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PREPARO. DESERÇÃO. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA NÃO APRECIADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REQUERIMENTO NO CURSO DO PROCESSO. 1. Dispõe o art. 511 do Código de Processo Civil que, no ato da interposição do recurso, a parte deverá comprovar o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção. 2. Embora o pedido de assistência judiciária gratuita possa ser formulado a qualquer tempo, a concessão do benefício não produz efeitos retroativos (ex tunc), motivo pelo qual a parte recorrente não fica isenta do recolhimento das custas judiciais, enquanto não for agraciada com a referida benesse. Precedentes desta Corte. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 771.115/RN, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 16/06/2016).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, ERRO MATERIAL OU OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. EFEITOS DA CONCESSÃO. EX NUNC. 1. Consoante a remansosa jurisprudência do STJ, a eventual concessão do benefício da gratuidade de Justiça tem efeitos ex nunc, não podendo, pois, retroagir à data de interposição do recurso de apelação, sem o devido preparo e sem que tivesse sido expressamente deferido o benefício, que, no caso, não foi requerido simultaneamente à interposição do recurso. 2. A "gratuidade não opera efeitos ex tunc, de sorte que somente passa a valer para os atos ulteriores à data do pedido, não afastando a sucumbência sofrida pela parte em condenação de 1º grau, que somente pode ser revista se, porventura, acatado o mérito da sua apelação, quando do julgamento desta". (REsp 556.081/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 14/12/2004,DJ 28/03/2005, p. 264) 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento. (EDcl no REsp 1211041/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/06/2014, DJe 01/08/2014).

Acesso ao Sumário

Esse raciocínio, porém se aplica para os casos em que a parte tem a oportunidade de requerer a assistência judiciária, não o faz e, após ser condenada no pagamento de alguma verba ou ter ocorrido o fato gerador para a cobrança, a requer.

No presente caso, os executados requereram a assistência judiciária no início do processo, na sua primeira manifestação.

A concessão do benefício abrange as custas e despesas processuais suportadas pelo exequente e os honorários advocatícios.

Do contrário, o executado, em razão de essas verbas incidirem antes da citação, nunca seria, em relação a elas, agraciado com os benefícios da

assistência judiciária.

Assim, a decisão agravada deve ser reformada para que os executados sejam beneficiados com a isenção do pagamento das custas e despesas processuais iniciais e dos honorários advocatícios.

Dou provimento ao agravo.

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2199228-29.2017.8.26.0000/50000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que são agravantes ALICE HELENA ROSSATO e CHN CONSTRUÇÃO E PLANEJAMENTO LTDA., são agravados AGNALDO VIEIRA DOS REIS, ARACY ROSARIO MARINHO MOREIRA, PEDRO ALVES MOREIRA, MANUEL EUZÉBIO GOMES, CLARICE BONARELLI PORTO, MAURO PORTO FILHO, MARY PENHA VIEIRA DOS REIS, ESMERALDO SILVA, APARECIDO BELCARO DOS SANTOS, VALTER DE ALMEIDA SILVA, LUCIMARA LEITE FERRAZ, AIRTON APARECIDO FERRAZ, VERA APARECIDA ACELLO PETRONI e ANTONIO CESAR PETRONI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 961)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCILA TOLEDO (Presidente), COUTINHO DE ARRUDA, JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO, MENDES PEREIRA, JOVINO DE SYLOS e SIMÕES DE VERGUEIRO.

São Paulo, 20 de agosto de 2018.

ELÓI ESTEVÃO TROLY, Relator

Ementa: Agravo Interno interposto contra decisão monocrática que indeferiu a petição inicial de ação rescisória nos termos do artigo 330, III, combinado com o artigo 968, § 3º, ambos do Código de Processo Civil. Manutenção do *decisum*. Hipótese

Acesso ao Sumário

de indeferimento da petição inicial, por falta de interesse processual, porque o v. acórdão atacado deu provimento ao agravo de instrumento interposto pelos exequentes, cujo objeto se limitava à decisão interlocutória relacionada a ato processual executório (que havia determinado realização de perícia para fim de liquidação do valor da condenação), portanto, sem conteúdo de mérito. Ademais, a rescisória, se admitida, não implicaria modificação alguma do curso do processo em fase de cumprimento de sentença, diante da decisão do E. Juízo de primeiro grau após a ciência do acórdão atacado: manifestação das partes sobre nomeação de perito judicial em razão da impossibilidade de verificação do cálculo do débito pelo contador judicial. Prejudicada a análise da alegada incompetência da Câmara julgadora do Agravo de Instrumento, porque isto seria matéria de mérito da ação rescisória. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto contra decisão r. monocrática prolatada em ação que objetiva rescindir o acórdão proferido no Agravo de Instrumento nº 2168412-69.2014.8.26.0000, tendo sido este, por sua vez, interposto contra decisão proferida nos autos principais nº 0009863-30.1994.8.26.0506, em fase de liquidação de sentença.

Repete a agravante neste recurso (fls. 1-8) os argumentos expostos na petição inicial da ação rescisória (fls. 1-24, destes autos nº 2199228-29.2017.8.26.0000), além de ressaltar a existência de interesse processual e adequação da via adotada para "*suscitar suposta violação manifesta de norma jurídica, o que, em sede de juízo abstrato, é suficiente para justificar o enfrentamento do mérito*" (fl. 3). Aduz, ainda, que "*a decisão interlocutória agravada, que gerou o v. acórdão que se pretende rescindir, claramente resolveu questão relativa ao mérito*", uma vez que modificou a coisa julgada da sentença que teria determinado sua liquidação para cumprimento, ao passo que a decisão atacada descreveu que "*bastava os meros cálculos aritméticos, bastando nos termos do CPC, artigo 475B, apresentação de 'memória descriminada e atualizada do cálculo' seguindo-se com os demais termos do cumprimento de sentença preconizada no CPC artigo 475J. E ainda afirmou que a tal 'memória descriminada e atualizada do cálculo' deveria ser apresentada elo credor agravante*". Salientou, ainda, ter sido o acórdão proferido por Câmara incompetente, sem a devida "*intimação dos advogados das partes para a resposta*", e que "*equivocadamente a r.*

Acesso ao Sumário

decisão monocrática limitou a decisão interlocutória ao artigo 487 do CPC, o que não é parâmetro para a interpretação da presente questão, tendo em vista que a decisão rescindenda modifica sentença já transitada, foi passada por câmara incompetente e com nulidade por ausência de intimação". Por fim, assinala não ser a rescisória restrita a ataque de sentenças, podendo ser utilizada contra decisões interlocutórias, e que as custas recolhidas para distribuição da rescisória levam em conta: "*o parâmetro utilizado para cálculo foi o valor da causa do agravo de instrumento n. 2168412-69.2014.8.26.0000 que tem a estimativa de R$ 1.000,00 (hum mil reais) portanto 5% do valor da causa resulta no recolhimento do valor especificado na guia acostada as fls. 29, vide inicial fls. 24*".

É o relatório.

A decisão ora recorrida foi proferida pelo E. Relator antecessor, nos seguintes termos:

"*Trata-se de ação rescisória ajuizada, com fundamento no artigo 966, II e V do Código de Processo Civil, visando à desconstituição do acórdão proferido no agravo de instrumento nº 2168412-69.2014.8.26.0000, julgado pela 15ª Câmara de Direito Privado, com relatoria do eminente Desembargador José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto, que reconheceu a desnecessidade de liquidação de sentença, determinando o prosseguimento da execução.*

Os autores alegam a nulidade absoluta do acórdão rescindendo, uma vez que não observada a prevenção da 8ª Câmara de Direito Privado e, também, porque não foram intimados para contrarrazões e demais atos.

Pleiteiam a antecipação de tutela para suspender a execução, assim como os efeitos do acórdão rescindendo.

Os autores, após serem intimados, se manifestaram aduzindo a admissibilidade desta ação rescisória, uma vez que o prosseguimento da execução, sem liquidação, se referia ao mérito, o qual significaria 'questão, fundamental, de fato ou de direito, que constitui o principal objeto da lide'. Salientam que o acórdão rescindendo reformou decisão para reconhecer a desnecessidade de liquidação de uma sentença ilíquida, com autoridade de coisa julgada. Observam que o ajuizamento de ação rescisória não se restringiria a questões de mérito, tendo em vista a comprovada incompetência do juízo e a afronta à ampla defesa. Afirmam que a necessidade ou não de liquidação constitui matéria de mérito do procedimento executivo em curso, afetando diretamente os valores envolvidos, assim como permitindo a introdução de matéria de mérito e, consequentemente, a coisa julgada material. Sustentam que a prestação jurisdicional não poderá ser dada sem a devida liquidação

Acesso ao Sumário

de sentença. Afirmam que inadmitir a ação rescisória significa aceitar julgamento que não observou o direito à ampla defesa, nem à competência do juízo. Observam que se inadmitida a ação rescisória, não é possível considerar a caracterização da coisa julgada material, inviabilizando o cumprimento de sentença.

É o relatório.

Em que pesem as alegações dos autores, a presente ação rescisória não pode ser admitida, uma vez que, ao contrário do sustentado, o acórdão rescindendo não resolveu qualquer questão relativa ao mérito.

O 'caput' do artigo 966 do Código de Processo Civil estabelece a possibilidade do ajuizamento de ação rescisória contra decisão de qualquer natureza - sentença, acórdão ou interlocutória -, desde que tenha sido julgado o mérito, ou seja, que se refira a alguma das matérias previstas no artigo 487 do Código de Processo Civil, o que não ocorreu no caso concreto.

Isto porque o acórdão rescindendo (fls. 31/35) apenas resolveu questão procedimental, relativa à realização ou não de prova pericial para obter o valor devido, pois reformou decisão interlocutória que havia nomeado perito, visando à liquidação de sentença, nos termos do artigo 475-A do Código de Processo Civil de 1973.

Portanto, eventual, irregularidade ou nulidade deveria ser objeto do meio processual adequado, que obviamente não era a ação rescisória.

Saliente-se:

'(...) Será de mérito e, portanto, rescindível, a decisão que contiver uma das matérias do CPC 487. (...)' (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, Código de Processo Civil Comentado, 16ª ed., Editora Thompson Reuters Revista dos Tribunais, p. 2047).

Cumpre observar que decisões, que não resolvem o mérito, podem eventualmente interferir em decisão posterior que efetivamente resolva o mérito, mas isto não justifica a ampliação, pretendida pelos autores, da abrangência da ação rescisória, uma vez que se trata de uma medida processual excepcional e a lei é clara ao restringir sua abrangência às decisões de mérito.

Posto isto, pelo meu voto, INDEFIRO a petição inicial, por ausência de interesse processual na modalidade adequação, nos termos do artigo 330, III, cumulado com o artigo 968, § 3º, ambos do Código de Processo Civil".

Este agravo interno não comporta provimento.

A questão sobre o acórdão ter ou não decidido questão relativa ao mérito

Acesso ao Sumário

foi muito bem analisada pela r. decisão atacada e, agora, ratificada.

Não bastasse isso, o próprio juízo de primeiro grau, na r. sentença, postergou a análise dos mecanismos necessários à apuração da dívida para a fase subsequente (executiva) ao expressamente consignar em seu dispositivo "***eventual*** *liquidação de sentença*" (fls. 82/92) - [grifo nosso].

De todo modo, é evidente que mera decisão acerca da condução da fase de cumprimento de sentença, com a finalidade de conferir alguma celeridade e objetividade à execução, -- que se arrasta há mais de uma década, -- não desrespeitou a coisa julgada, mesmo porque ressaltou o dever de observância do julgado e da legislação (fls. 31/35).

Aliás, referido acórdão pontuou que os aqui recorrentes não cuidaram de "*exercer o direito de impugnação como lhes era facultado (475-J, § 1º), conforme igualmente mencionado na decisão agravada, gerando conclusão de que o 'quantum' perseguido se lhes apresentava correto, cuja falta de pagamento veio a amparar ulterior constrição patrimonial em garantia da execução judicial*"; e que "*a eventualidade inserta na expressão retro destacada se justifica porque o comando da condenação é simplista, comumente se resolvendo mesmo por meros cálculos aritméticos, bastando nos termos do CPC, artigo 475-B, apresentação de 'memória discriminada e atualizada do cálculo', seguindo-se com os demais termos do cumprimento de sentença preconizados no CPC, artigo 475-J*" (fl. 34).

A jurisprudência tem reafirmado esse entendimento, a exemplo dos seguintes julgados desse Tribunal:

> Ação Rescisória - Fatos relatados pela autora não se enquadram nas hipóteses constantes do artigo 966 do Novo Código de Processo Civil - Mero inconformismo da autora com o que foi decidido não dá amparo e suporte a ação rescisória - Demais disso, não existe sentença a ser rescindida - O pleito rescisório deduzido pela autora teve por escopo decisão interlocutória, proferida em ação de execução extrajudicial, que reconheceu a ineficácia em relação à credora naquele feito, da alienação de imóvel em favor da ora requerente. Conquanto não se olvide a possibilidade de manejo de ação rescisória contra decisão interlocutória, esta, necessariamente, tem que ter resolvido em caráter incidental, mérito da causa. Tal não aconteceu in casu. Com efeito, decisão interlocutória, proferida em ação de execução de título extrajudicial, que reconhece a existência de fraude a execução, não resolve controvérsia meritória. Logo, não legitima a propositura de ação rescisória. - Falta de interesse processual - Inicial indeferida, com fundamento no art. 330, III, do N. Código de Processo Civil - Processo julgado extinto, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, inc. I, do N. Código de Processo

Acesso ao Sumário

Civil. **(Ação Rescisória nº 2151752-92.2017.8.26.0000, Rel. Des. Neto Barbosa Ferreira, j. em 27.09.2017)**.

AÇÃO RESCISÓRIA - Insurgência contra decisão interlocutória - Descabimento - Inobservância do art. 966 do CPC, que restringe o cabimento da ação rescisória à decisão de mérito, transitada em julgada - Carência de ação por ausência de interesse de agir - Indeferimento da petição inicial e extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, I do Código de Processo Civil. **(TJSP; Ação Rescisória 2014932-66.2017.8.26.0000; Relator (a): Álvaro Passos; Órgão Julgador: 1º Grupo de Direito Privado; Foro de Praia Grande - 2ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 23/05/2017; Data de Registro: 24/05/2017)**.

E não é só.

O trânsito em julgado do acórdão do Agravo de Instrumento nº 2168412-69.2014.8.26.0000 ocorreu em **16.10.2015** (fl. 130).

Ao passo que, nos autos principais, em fase de execução, (0009863-30.1994.8.26.0506), o despacho de fls. 139/141, -- a respeito de que fora intimado o Defensor dos autores da rescisória, Dr. João Paulo Andreotti Francisco (fl. 141 - DJe disponibilização em **11.06.2015**) --, faz clara e inequívoca alusão ao efeito suspensivo atribuído por decisão emanada do agravo interposto, que o agravante aqui afirma desconhecimento acarretador de prejuízo.

Desta circunstância se depreende que os autores (executados) não ignoravam o trâmite do agravo de instrumento, bem como de quaisquer dos seus termos. A conduta destoante da boa-fé processual está evidente na afirmação feita pelos autores na própria petição inicial desta ação rescisória: "*optaram os agravados aguardar a decisão no agravo, ainda que irregularmente interposto, para posterior e eventual propositura da presente rescisória, até porque a absoluta incompetência funcional da câmara julgadora, questão inderrogável que sob nenhuma hipótese poderia ser modificada, lhes serviriam como defesa caso outros prejuízos processuais sobreviessem*" **(fl. 09)**.

Entretanto, a ação rescisória não é supedâneo para convalidação de inércia processual proposital.

Os executados (autores desta ação rescisória) também permaneceram inertes mesmo depois de intimados da decisão de fls. 142, disponibilizada no DJe em 24.05.2016:, com o seguinte teor:

"*O v. Acórdão de fls. 1654/1658 reformou a decisão que nomeara expert contábil para aferir a regularidade dos cálculos elaborados às fls. 1355/1414.*

Mencionou que o Juízo poderia se valer da 'contadoria do Juízo' para a conferência da conta (corroborando, salvo melhor juízo, uma necessidade

já revelada nos autos).

No entanto, o Juízo, e tampouco a Administração do Fórum, não dispõem de contadores em seus quadros.

A esse respeito, e para que se dê escorreito cumprimento ao v. Acórdão, considerando que este Juízo não tem o conhecimento necessário para tanto e muito menos pode contar com profissionais que trabalhem graciosamente, manifestem-se as partes, esclarecendo se concordam com a nomeação do perito contábil para a conferência da mencionada conta. O silêncio será interpretado como concordância em relação a esta única alternativa colocada ao Juízo" **(fl. 142/143)**.

Além disso, e somente para argumentar, seria desnecessário o manejo desta ação rescisória (se admissível fosse), pois a desconstituição do acórdão não geraria reflexo prático algum.

Assim, o pedido inicial, desprovido do necessário interesse processual, indica aparente fim protelatório, porque, se admitido, não traria modificação alguma ao curso do processo principal, em face do teor da decisão proferida pelo juízo de primeiro grau, o qual, sem afastar-se do determinado no v. acórdão atacado, assegurou às partes oportunidade para manifestação sobre nomeação de perito contábil para verificação do cálculo apresentado.

Por fim, diante da falta de interesse processual, fica prejudicado o exame do fundamento do mérito desta demanda, consistente na alegação de alegada incompetência da 15ª Câmara de Direito Privado para conhecer do Agravo de Instrumento 2168412-69.2014.8.26.0000, cujo objeto se limitara à análise da forma do ato processual relacionado à liquidação (admissão ou não de mero cálculo aritmético), porém sem definição, ainda, do valor do débito decorrente da condenação (imposta pela r. sentença transitada em julgado), -- o que será alvo de ulterior decisão específica do E. Juízo da execução passível de impugnação por meio de recurso próprio e adequado.

Diante do exposto, **nego provimento ao recurso.**

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1022269-57.2015.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante A.A.J. (JUSTIÇA

GRATUITA), é apelada I.S.M. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14757)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente) e ALEXANDRE MARCONDES.

São Paulo, 21 de agosto de 2018.

CARLOS ALBERTO DE SALLES, Relator

Ementa: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS. Sentença de procedência, reconhecendo a perda superveniente de interesse de agir do pedido investigatório, pelo reconhecimento voluntário de paternidade pelo réu, e fixando alimentos dele em favor da autora em 35% (trinta e cinco por cento) dos rendimentos líquidos dele, inclusive sobre férias, décimo terceiro salário, horas extras, gratificações e indenizações. Irresignação do réu.

1. Regulamentação de visitas. Pedido não formulado em reconvenção (art. 343, CPC). Matéria estranha aos autos. Questão em exame em ação própria. Não conhecimento.

2. Alimentos. Binômio necessidade-possibilidade (art. 1.694, §1º, CC). Necessidades presumidas da criança. Possibilidades do alimentante superiores às por ele afirmada em apelação, mas inferiores às consideradas pela sentença. Custeio de despesas de filhas maiores de idade e empregadas e de um neto que não pode ser considerado para reduzir as possibilidades do alimentante em relação à filha menor de idade. Arbitramento em 30% (trinta por cento) dos rendimentos líquidos do alimentante, inclusive sobre férias, décimo terceiro salário, horas extras e gratificações, verbas de natureza remuneratória, e não sobre indenizações.

Sentença parcialmente reformada, para reduzir a pensão alimentícia para 30% (trinta por cento) dos rendimentos líquidos do apelante, inclusive

Acesso ao Sumário

sobre férias, décimo terceiro salário, horas extras e gratificações, excluídas indenizações. Sucumbência mínima da autora (art. 86, § único, CPC). Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra sentença de ps. 184/186, que julgou procedentes pedidos de investigação de paternidade c/c alimentos, formulado por I.S.M. em face de A.A.J., reconhecendo a perda superveniente de interesse de agir do pedido investigatório, pelo reconhecimento voluntário de paternidade pelo réu, e fixando alimentos dele em favor da autora em 35% (trinta e cinco por cento) dos rendimentos líquidos dele, inclusive sobre férias, décimo terceiro salário, horas extras, gratificações e indenizações.

Sentença integrada por decisão de ps. 204, que rejeitou embargos declaratórios do réu (ps. 191/194).

Inconformado, apela o réu (ps. 209/217), alegando, em síntese, que a sentença teria cometido erro no exame dos fatos, já que considerou o apelante solteiro e sem outros filhos, mas ele teria outros filhos de outro relacionamento, bem como residiria com sua genitora. Afirma que o fato de ser funcionário público, gozando de estabilidade financeira, não seria fundamento suficiente para a fixação dos alimentos em patamar elevado, já que se trata de sua única renda. Aduz que arca com despesas de outros filhos e inclusive de um neto, bem como despesas de sua residência com sua genitora. Além disso, os alimentos não poderiam ser fixados sobre verbas eventuais e indenizatórias, conforme jurisprudência. Por fim, pretende a fixação dos alimentos em 25% (vinte e cinco por cento) de seus rendimentos líquidos.

Recurso regularmente processado.

Contrarrazões a ps. 250/258, com preliminar de inépcia da apelação.

Parecer da D. Procuradoria de Justiça a ps. 273/275, pelo desprovimento.

Desatendida a determinação de p. 280, para demonstração de comunicação da renúncia, prossegue a apelação sem prejuízo para as partes.

Sem oposição ao julgamento virtual.

Os autos encontram-se em termos de julgamento.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Primeiramente, deixa-se de conhecer da questão envolvendo a não fixação de regime de visitas em favor do apelante.

Trata-se de questão estranha aos autos, sem ter havido nem mesmo pedido reconvencional do apelante, para que pudesse ser examinada esta questão, não

Acesso ao Sumário

pleiteada pela apelada na inicial (art. 343, CPC).

Sem pedido próprio, inadmissível a decisão judicial.

Por fim, a apelada comprova que há ação própria em que se discute o pedido regulamentação de visitas em favor do apelante, autos nº (...), ainda em tramitação.

No mérito, a sentença deve ser reformada em parte.

Respeitado o entendimento divergente da I. Magistrada sentenciante, a pensão alimentícia deve ser arbitrada em percentual inferior dos rendimentos do apelante.

Os alimentos, nos termos do artigo 1.694, §1º, do Código Civil, devem ser arbitrados conforme o binômio das necessidades do alimentado e das possibilidades do alimentante.

A apelada, alimentada, é criança de poucos mais de três anos (p. 48), cujas necessidades são, portanto, presumidas, presunção que, em regra, abrange gastos de um salário mínimo.

As necessidades que foram documentalmente comprovadas pela apelada foram apenas de moradia, aluguel de R$ 1.400,00 (mil e quatrocentos reais), para ela e sua genitora (p. 117). Metade desse valor, portanto, seria correspondente à apelada.

De outro lado, o apelante aufere renda como agente penitenciário, com rendimentos líquidos mensais por volta de R$ 2.000,00 (dois mil reais) - ps. 104/105. Rendimento mais elevado da folha de pagamento de ps. 218 é decorrência do adicional de férias, que entra no cálculo dos alimentos apenas naquele específico mês em que recebido, pela natureza indenizatória.

No restante dos meses, contudo, os rendimentos básicos do apelante somam por volta de R$ 2.000,00 (dois mil reais) líquidos. Ocorre que dos descontos informados, apenas o imposto de renda e a contribuição previdenciária são descontos obrigatórios, não incluídos no cálculo da pensão alimentícia.

O restante dos descontos não são descontos obrigatórios e, portanto, não podem ser considerados como despesas que diminuam a renda do apelante, para afastar a pensão alimentícia da filha dele, menor de idade.

De outro lado, os gastos que o apelante afirma serem dele não são tão elevados como ele quer faze crer (ps. 218/244).

Em nome dele mesmo apenas gastos com cartão de crédito, financiamento imobiliário e condomínio (ps. 219/223).

Os demais gastos são em nome de filhas dele (ps. 224/227 e 239/241), ambas já maiores de idade e com emprego (ps. 120/131 e 242/244).

A existência de um neto (ps. 236 e 238) também não é fundamento para eximir o apelante dos alimentos em favor da apelada, ou elemento para reduzir

Acesso ao Sumário

os alimentos devidos. A responsabilidade alimentar dos avós é subsidiária, nos termos do artigo 1.698 do Código Civil.

Enfim, dos elementos dos autos, considerando-se as necessidades comprovadas e presumidas da apelada e as possibilidades comprovadas do apelante, razoável a fixação dos alimentos em 30% (trinta por cento) dos rendimentos líquidos do apelante.

Os alimentos devem incidir sobre o terço constitucional de férias, o décimo terceiro salário, sobre horas extras habituais ou não e sobre gratificações, já que todos possuem natureza remuneratória e não indenizatória.

Apenas eventuais verbas indenizatórias, em caso de exoneração do apelante do cargo que ocupa, não devem ser consideradas para a base de cálculo dos alimentos.

Por fim, o restante das necessidades da apelada, não comprovadas no valor elevado afirmado por ela, deve ser custeada pela genitora dela, dentro da divisão proporcional do sustento dos filhos entre ambos os genitores (art. 1.703, CC).

Diante do exposto, **dá-se parcial provimento** ao apelo, não conhecendo do pedido de regulamentação de visitas e reformando-se a r. sentença para reduzir a pensão alimentícia para 30% (trinta por cento) dos rendimentos líquidos do apelante, inclusive sobre férias, décimo terceiro salário, horas extras e gratificações, excluídas indenizações.

Apesar da reforma da sentença, mantém-se a sucumbência exclusiva do réu, pela sucumbência mínima da autora (art. 86, § único, CPC).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002331-02.2018.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SEBASTIÃO RENATO STEFANUTO, é apelado JUÍZO DA COMARCA.

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 27243)**

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

São Paulo, 22 de agosto de 2018.

J.L. MÔNACO DA SILVA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: SUPRIMENTO DE REGISTRO - Pretensão de inserção de dados no registro de nascimento do pai para fins de obtenção de cidadania italiana - Improcedência do pedido - Inconformismo - Desacolhimento - Inserção de dados constantes da certidão de batismo do ascendente que não se confunde com suprimento e/ou averbação, mas sim constitui acréscimo de dados não previstos no art. 2º, a, inc. I, do Decreto n. 4.827/1924 (vigente à época do nascimento) nem no art. 54 da Lei n. 6.015/1973 - Sentença mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação de suprimento de registro público civil de nascimento de ascendente ajuizada por Sebastião Renato Stefanuto, tendo a r. sentença de fls. 50/51, de relatório adotado, julgado improcedente o pedido.

Inconformado, apela o autor sustentando, em síntese, que a certidão de nascimento do seu genitor está correta; no entanto, para a obtenção da cidadania italiana o Consulado Italiano exige mais informações a respeito da filiação de seu genitor. Esclarece que tais dados constam da certidão de batismo de seu pai, motivo pela qual pretende a inserção de tais dados no registro de nascimento do ascendente. Ressalta a inexistência de qualquer óbice legal para a inserção de tais dados no registro (v. fls. 50/51).

Recurso não respondido.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (v. fls. 79/80).

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Acesso ao Sumário

É caso de aplicar o disposto no art. 252 do RITJSP e ratificar os fundamentos da r. sentença apelada, proferida nos seguintes termos:

"*SEBASTIÃO RENATO STEFANUTO ajuizou ação de suprimento de registro público civil de nascimento de ascendente. Relata que pretende a obtenção de cidadania italiana e que o Consulado Italiano solicitou maiores informações acerca do nascimento de seu pai para apurar a origem italiana dos antepassados. Pretende, assim, a inclusão de informações existentes na certidão de batismo de seu pai junto ao registro civil de nascimento. Requer, assim, a total procedência da ação para determinar a averbação na certidão de nascimento de seu pai do teor integral de sua certidão de batismo. Com a*

inicial, juntou documentos.

(...)

Trata-se de pedido de inserção de informações constantes de certidão de batismo no assento de nascimento do genitor do autor.

A respeito do tema, estabelece o artigo 54 da Lei n° 6.015/73 que: O assento do nascimento deverá conter: 1º) o dia, mês, ano e lugar do nascimento e a hora certa, sendo possível determiná-la, ou aproximada; 2º) o sexo do registrando; 3º) o fato de ser gêmeo, quando assim tiver acontecido; 4º) o nome e o prenome, que forem postos à criança; 5º) a declaração de que nasceu morta, ou morreu no ato ou logo depois do parto; 6º) a ordem de filiação de outros irmãos do mesmo prenome que existirem ou tiverem existido; 7º) Os nomes e prenomes, a naturalidade, a profissão dos pais, o lugar e cartório onde se casaram, a idade da genitora, do registrando em anos completos, na ocasião do parto, e o domicílio ou a residência do casal. 8º) os nomes e prenomes dos avós paternos e maternos; 9º) os nomes e prenomes, a profissão e a residência das duas testemunhas do assento, quando se tratar de parto ocorrido sem assistência médica em residência ou fora de unidade hospitalar ou casa de saúde; 10) o número de identificação da Declaração de Nascido Vivo, com controle do dígito verificador, exceto na hipótese de registro tardio previsto no art. 46 desta Lei; e 11) a naturalidade do registrando.

E é certo, como bem ressaltou o I. Promotor de Justiça em sua manifestação de fls. 31/33, que o assento de nascimento deve conter apenas os dados expressos no artigo 54 da Lei nº 6.015/73, não se podendo admitir a inclusão de outros dados estranhos aos legalmente estabelecidos, notadamente quando se pretende incluir informações relacionadas com o batismo do genitor do autor, que não guardam qualquer relação com os dados previstos na Lei de Registros Públicos.

Diante do exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido inicial, com fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil e, em consequência, condeno o autor ao pagamento ao pagamento das custas e despesas processuais. Sem condenação em honorários" (v. fls. 50/51).

E mais, o pai do recorrente, Paulo Stefanuto, nasceu em 6 de março de 1930 e foi registrado em 9 de março de 1930, por declaração prestada por Furtanato Bragagnolo (v. fls. 18). À época, vigorava o Decreto n. 4.827/1924 que, em seu art. 2º, *a*, inc. I, apenas exigia a inscrição dos nascimentos, casamentos e óbitos (Código Civil de 1916, art. 12, inc. I), sem arrolar os dados que deveriam constar de tal inscrição. Pois bem, diferentemente das afirmações do recorrente, sua pretensão não configura suprimento do registro civil e/ou averbação, mas sim o acréscimo de dados que não se encaixam nas exigências legais previstas no art. 54 da Lei n. 6.015/1973 e nem eram exigidos na ocasião do nascimento

Acesso ao Sumário

de seu genitor.

Ressalte-se que o registro civil de pessoa natural é documento formal que não deve conter informações que extrapolem as exigências legais.

Por fim, o fato de os ofícios do registro civil das pessoas naturais serem considerados ofícios da cidadania (art. 29, § 3º, da Lei 13.484/2017) não é motivo suficiente para autorizar a inserção de dados não obrigatórios em documentos públicos.

Em suma, é caso de manutenção da improcedência do pedido.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008911-07.2013.8.26.0176, da Comarca de Embu das Artes, em que é apelante ALEX DOS SANTOS SAMPAIO (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S/A, TELEFÔNICA BRASIL S/A, CHUBB DO BRASIL COMPANHIA DE SEGUROS e ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19889)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARY GRÜN (Presidente) e RÔMOLO RUSSO.

São Paulo, 22 de agosto de 2018.

LUIS MARIO GALBETTI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Indenização - Autor que se envolveu em acidente de moto por ter se enroscado em fio da corré TELEFÔNICA - Demais corrés que não possuem mesmo responsabilidade pelo ocorrido - Não faz jus o autor aos lucros cessantes, pois não consta incapacidade para o labor, nem maiores informações sobre a aludida atividade remunerada - Ocorrência de danos morais - Arbitramento em R$ 10.000,00 - Recurso provido em parte.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta contra sentença que, em ação indenizatória, julgou parcialmente procedentes os pedidos apenas em relação à ré VIVO S/A, e extinta sem apreciação do mérito a demanda quanto às seguradoras.

Alega o apelante que: a) descabe a exclusão das demais corrés do polo passivo da demanda, pois todas utilizam o poste de iluminação em debate como base de cabeamento; b) a corré ELETROPAULO explora serviço público de energia elétrica por cabos e fios, e as demais corrés exploram serviço público de telefonia móvel e fixa, também por cabos e fios, além de TV a cabo; c) os equipamentos deveriam ser bem afixados nos postes, os quais demandam vistoria e manutenção regulares para evitar acidentes; d) o local não estava sinalizado; e) as rés tinham obrigação de tomar os cuidados e cautelas; f) a fiação estava pendurada irregularmente, acarretando acidente quanto pilotava sua moto; g) a perícia foi feita muito tempo depois dos fatos, imprestável aos seus fins; h) na época, ficou impossibilitado para o labor; i) dos relatórios de pronto atendimento e socorro não constariam que estava de capacete, pois este fora retirado; j) caso estivesse sem capacete, os danos teriam sido maiores; k) experimentou danos morais, inexistindo mero aborrecimento; l) não teve culpa pelo ocorrido.

2. O dispositivo da sentença:

"Diante do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO, o que faço para condenar a ré VIVO S/A ao pagamento de indenização no valor de R$: 1.058,90 (mil e cinquenta e oito reais e noventa centavos), atualizado monetariamente pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo desde 27/03/2013 (fls. 34) e com juros de mora de 1% ao mês desde a data da citação, com fulcro no artigo 487, inciso I do Código de Processo Civil. Julgo o processo extinto sem resolução do mérito em relação às seguradoras, eis que, ante a não sucumbência das denunciantes, inexiste interesse processual, o que faço com fulcro no artigo 485, inciso IV do Código de Processo Civil. Tendo em vista que o autor, em relação a Vivo S/A, sagrou-se vencedor em parte mínima, condeno a ré ao pagamento de honorários advocatícios do patrono da parte contrária que fixo, por equidade, em R$: 800,00 (oitocentos reais).Considerando-se que o autor sucumbiu em relação às rés Eletropaulo S/A e Net S/A e deu causa à denunciação da lide das seguradoras, condeno o requerente ao ressarcimento das custas processuais, bem como ao pagamento dos honorários advocatícios dos patronos das mencionadas rés e suas seguradoras, que fixo, por equidade, em R$: 1.500,00 (mil e quinhentos reais), guardados, todavia, os limites da Lei nº 1.050/60.Ao arquivo, oportunamente. P.R.I.C.".

Cuida-se de ação indenizatória sob o fundamento de que, em 5 de março

Acesso ao Sumário

de 2013, o autor estava dirigindo sua moto quando seu pescoço enroscou-se na fiação e cabos das rés, que se desprenderam do poste no qual estavam fixados. Sofreu lesão no pescoço e em seu corpo, pois caiu da motocicleta, também danificada; ficou período sem exercer função remunerada, experimentando perda na capacidade laborativa. A fiação e cabos soltos ficaram pendurados, atravessando a rua. Foi socorrido por equipe do SAMU, posteriormente encaminhado ao pronto socorro de Embu das Artes. Após o acidente, equipe da "ABILITY" compareceu ao local para reparos. Foi lavrado boletim de ocorrência. Sofreu danos materiais, morais e estéticos.

As corrés ELETROPAULO e NET refutaram sua responsabilidade pelo ocorrido, impugnando a pretensão indenizatória. Denunciaram a lide às suas seguradoras.

Por seu turno, a corré TELEFÔNICA ventilou culpa exclusiva ou concorrente do autor, insurgindo-se quanto ao pleito indenizatório.

Da foto do cabo apresentada pelo autor, consta o nome da TELEFÔNICA (fl. 26), salientando-se que o próprio autor informou que os reparos foram feito pela empresa "ABILITY" (havendo informação de ser prestadora de serviços da VIVO).

Evidente, portanto, a responsabilidade tão somente da corré TELEFÔNICA pelo ocorrido, insuficiente o fato das demais corrés deterem propriedade do poste ou dele se utilizarem para obrigá-las a reparar os danos experimentados pelo autor.

No que diz respeito aos danos materiais (lucros cessantes), inexiste qualquer indício da atividade profissional efetivamente exercida pelo autor, bem como da eventual renda auferida.

Ademais, não há indício de perda da capacidade laborativa do autor, o que constou do exame realizado pelo IML (fl. 154), salientando-se que a perícia odontológica não verificou nexo causal entre o acidente e as perdas dentárias (fls. 755/762).

O acidente sofrido pelo autor evidentemente não configurou mero aborrecimento, acarretando lesão a direito de sua personalidade.

A despeito da informação na ficha de atendimento do SAMU de que o autor estava sem capacete (fl. 32), não consta que tal equipamento evitaria os danos por ele experimentados, notadamente pelo fato de que se enroscou pelo pescoço.

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

Acesso ao Sumário

Com o intuito de atingir esse equilíbrio o julgador deve recorrer ao princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, como pondera Flávio Tartuce: "*Se, por um lado, deve entender que a indenização tem função pedagógica ou educativa para futuras condutas, por outro, não pode o valor pecuniário gerar enriquecimento sem causa ou ruína do ofensor, devendo ser aplicado o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade na fixação do quantum indenizatório*" (Manual de Direito Civil, Editora Método, 1ª ed., pg. 434).

Consideradas as circunstâncias que se apresentam, razoável o arbitramento dos danos morais em R$ 10.000,00.

3. Ante o exposto e por tudo mais que dos autos consta, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, apenas para condenar a corré TELEFÔNICA por danos morais, arbitrados em R$ 10.000,00, corrigidos da publicação do acórdão (Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça), com juros legais do evento danoso (Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça), reconhecida a sucumbência recíproca, condenadas as partes em 50% das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios, arbitrados em 20% do valor da condenação, observada a justiça gratuita concedida ao autor. Com relação às demais corrés e seguradoras, majoro os honorários advocatícios para R$ 2.000,00 (CPC 85, §11), corrigidos da publicação do acórdão, observada a justiça gratuita.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4001655-13.2012.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE, é apelada LUCIANA SCARPATO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.642)**

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

São Paulo, 23 de agosto de 2018.

CHRISTINE SANTINI, Relatora

Ementa: Apelação Cível. Plano de saúde individual - Contrato antigo e não adaptado - Ação revisional

Acesso ao Sumário

- Sentença de parcial procedência - Apelação da ré - Controvérsia recursal que se cinge à legalidade dos reajustes por mudança de faixa etária e ao percentual devido a título de multa moratória - Reajuste, em princípio válido, ressalvada análise de abusividade - Reajustes cumulativos aplicados na mensalidade do plano de saúde da autora, nos percentuais de 30,43%, 56,75%, 33,02% 36,68% e 39,19%, aos 46, 56, 61, 66 e 71 anos, respectivamente, além dos reajustes anuais sucessivos e cumulativos de 5% a partir dos 72 anos, de maneira injustificada - Abusividade caracterizada - Vedação à aplicação de percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor de forma a praticamente excluir o idoso do plano - Necessidade de apuração de percentuais adequados e razoáveis de majoração das mensalidades que deverá ser feita por meio de cálculos atuariais na fase de cumprimento de sentença, em exata obediência ao entendimento firmado quando do julgamento do Recurso Especial Representativo de controvérsia nº 1.568.244-RJ - Ônus da prova da ré - Multa moratória - Limitação a 2% do valor da mensalidade - Inteligência do artigo 52, parágrafo 1º, do Código de Defesa do Consumidor. Dá-se provimento em parte ao recurso.

VOTO

1. Trata-se de ação revisional do contrato cumulada com pedido de devolução de quantia paga ajuizada por Luciana Scarpato contra Sul América Companhia Nacional de Seguros, visando à declaração de nulidade das clausulas 14.2, item c, 15, 16, 17, 18.4 e 18.7 do contrato e, em substituição, seja aplicado o índice do IGPM-FGV e, no caso de mora, aplicar juros de 1% ao mês e multa de 2%, bem como a condenação da ré à restituição, em dobro, da quantia paga a maior.

A ação foi julgada procedente em parte, para o fim de declarar a nulidade do reajuste pela mudança de faixa etária acima de sessenta anos e limitar o reajuste da faixa etária de 46 a 55 anos e de 56 a 60 anos ao percentual de 20% cada reajuste, bem como limitar a multa moratória em 2%, com condenação da ré na restituição dos valores pagos a maior com relação à multa moratória, acrescidos de correção monetária desde o desembolso e juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação; improcedente os demais pedidos. Face à sucumbência

Acesso ao Sumário

recíproca, cada uma das partes arcará com 50% das custas e despesas processuais e cada parte pagará ao advogado da parte contrária honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

Embargos de declaração foram rejeitados pela R. Decisão de fls. 426.

Inconformada, apela a ré, alegando, em síntese a legalidade dos reajustes aplicados, bem como a legitimidade da incidência de multa de mora em caso de inadimplemento (fls. 429/447).

Processado regularmente o recurso, foram apresentadas contrarrazões (fls. 453/456).

Não houve oposição ao julgamento virtual, nos termos da certidão de fls. 470.

É o relatório.

2. O recurso merece provimento em parte.

Na inicial, a autora narra que em 30.07.1997 aderiu à proposta de seguro de reembolso de despesas com assistência médica e/ou hospitalar da ré, na modalidade "Especial", produto 312, mediante o pagamento mensal de R$ 110,80. Todavia, sustenta que para o mês de novembro de 2012, o plano sofreu um reajuste cujo custeio mensal passou a ser R$ 448,61, quando o correto seria de R$ 393,36. Alega, ainda, que em razão de atrasos, a ré cobrava multa de 2% e juros moratórios de 3% a 5% ao mês. Ressalta que encontra-se em mora desde a parcela vencida em 30 de novembro de 2012, já com suspensão dos serviços. Postula a declaração de nulidade das clausulas 14.2, item c, 15, 16, 17, 18.4 e 18.7 do contrato e, em substituição, seja aplicado o índice do IGPM-FGV e, no caso de mora, aplicar juros de 1% ao mês e multa de 2%, bem como condenar a ré à restituição, em dobro, do valor pago a maior.

Em razões recursais, a ré alega que é legítima sua conduta no que tange aos reajustes por mudança de faixa etária, sendo que o percentual estipulado se justifica pela maior utilização do plano em virtude do aumento da idade do segurado. Defende que o contrato firmado com a apelada ocorreu antes da Lei 9.656/98 e que à época de sua formalização eram adotadas as regras firmadas nos contratos, não havendo falar em limitação da multa moratória a 2% (fls. 429/447).

De início, anote-se que embora sucumbente quanto aos pedidos de declaração de abusividade dos reajustes anuais, a autora não interpôs recurso, limitando-se a controvérsia à legalidade dos reajustes por mudança de faixa etária, aos 46 e 56 anos de idade, limitado a 20%, e a partir dos 60 anos de idade, totalmente afastados pela R. Sentença apelada, bem como ao percentual devido a título de multa moratória.

No mais, cumpre salientar que, tratando-se de plano de saúde, são aplicáveis as normas do Código de Defesa do Consumidor.

Acesso ao Sumário

Ademais, ainda que o contrato firmado entre as partes seja anterior à edição dos referidos diplomas, caracteriza-se ele como contrato de longa duração, renovável automaticamente e, desta forma, passa a ser regido pela nova legislação.

Tal entendimento, inclusive, foi consagrado pela Súmula nº 100 deste Egrégio Tribunal de Justiça:

"*O contrato de plano/seguro saúde submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e da Lei n.9.656/98 ainda que a avença tenha sido celebrada antes da vigência desses diplomas legais.*"

O reajuste antes dos sessenta anos de idade, em tese cabível porque não aplicável o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), deve ser pautado pela razoabilidade, não podendo ser arbitrado de forma abusiva e unilateral, sem qualquer respaldo em demonstração de aumento efetivo de custo, a obstar a própria manutenção do contrato.

Necessário considerar que recentemente o Egrégio Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial representativo de controvérsia 1.568.244 - RJ pacificou a possibilidade do reajuste de mensalidade do plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária e estabeleceu orientação a respeito, cuja ementa é de seguinte teor:

"RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. CIVIL. PLANO DE SAÚDE. MODALIDADE INDIVIDUAL OU FAMILIAR. CLÁUSULA DE REAJUSTE DE MENSALIDADE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. LEGALIDADE. ÚLTIMO GRUPO DE RISCO. PERCENTUAL DE REAJUSTE. DEFINIÇÃO DE PARÂMETROS. ABUSIVIDADE. NÃO CARACTERIZAÇÃO. EQUILÍBRIO FINANCEIRO- ATUARIAL DO CONTRATO.

1. A variação das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde em razão da idade do usuário deverá estar prevista no contrato, de forma clara, bem como todos os grupos etários e os percentuais de reajuste correspondentes, sob pena de não ser aplicada (arts. 15, caput, e 16, IV, da Lei nº 9.656/1998).

2. A cláusula de aumento de mensalidade de plano de saúde conforme a mudança de faixa etária do beneficiário encontra fundamento no mutualismo (regime de repartição simples) e na solidariedade intergeracional, além de ser regra atuarial e asseguradora de riscos.

3. Os gastos de tratamento médico-hospitalar de pessoas idosas são geralmente mais altos do que os de pessoas mais jovens, isto é, o risco assistencial varia consideravelmente em função da idade. Com vistas a obter maior equilíbrio financeiro ao plano de saúde, foram estabelecidos

Acesso ao Sumário

preços fracionados em grupos etários a fim de que tanto os jovens quanto os de idade mais avançada paguem um valor compatível com os seus perfis de utilização dos serviços de atenção à saúde.

4. Para que as contraprestações financeiras dos idosos não ficassem extremamente dispendiosas, o ordenamento jurídico pátrio acolheu o princípio da solidariedade intergeracional, a forçar que os de mais tenra idade suportassem parte dos custos gerados pelos mais velhos, originando, assim, subsídios cruzados (mecanismo do community rating modificado).

5. As mensalidades dos mais jovens, apesar de proporcionalmente mais caras, não podem ser majoradas demasiadamente, sob pena de o negócio perder a atratividade para eles, o que colocaria em colapso todo o sistema de saúde suplementar em virtude do fenômeno da seleção adversa (ou antisseleção).

6. A norma do art. 15, § 3º, da Lei nº 10.741/2003, que veda 'a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade', apenas inibe o reajuste que consubstanciar discriminação desproporcional ao idoso, ou seja, aquele sem pertinência alguma com o incremento do risco assistencial acobertado pelo contrato.

7. Para evitar abusividades (Súmula nº 469/STJ) nos reajustes das contraprestações pecuniárias dos planos de saúde, alguns parâmetros devem ser observados, tais como (i) a expressa previsão contratual; (ii) não serem aplicados índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o consumidor, em manifesto confronto com a equidade e as cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da especial proteção ao idoso, dado que aumentos excessivamente elevados, sobretudo para esta última categoria, poderão, de forma discriminatória, impossibilitar a sua permanência no plano; e (iii) respeito às normas expedidas pelos órgãos governamentais:

a) No tocante aos contratos antigos e não adaptados, isto é, aos seguros e planos de saúde firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998, deve-se seguir o que consta no contrato, respeitadas, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas da legislação consumerista e, quanto à validade formal da cláusula, as diretrizes da Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS.

b) Em se tratando de contrato (novo) firmado ou adaptado entre 2/1/1999 e 31/12/2003, deverão ser cumpridas as regras constantes na Resolução CONSU nº 6/1998, a qual determina a observância de 7 (sete) faixas etárias e do limite de variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de 70 anos não poderá ser superior a 6 (seis) vezes o previsto

Acesso ao Sumário

para os usuários entre 0 e 17 anos), não podendo também a variação de valor na contraprestação atingir o usuário idoso vinculado ao plano ou seguro saúde há mais de 10 (dez) anos.

c) Para os contratos (novos) firmados a partir de 1º/1/2004, incidem as regras da RN nº 63/2003 da ANS, que prescreve a observância (i) de 10 (dez) faixas etárias, a última aos 59 anos; (ii) do valor fixado para a última faixa etária não poder ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para a primeira; e (iii) da variação acumulada entre a sétima e décima faixas não poder ser superior à variação cumulada entre a primeira e sétima faixas.

8. A abusividade dos aumentos das mensalidades de plano de saúde por inserção do usuário em nova faixa de risco, sobretudo de participantes idosos, deverá ser aferida em cada caso concreto. Tal reajuste será adequado e razoável sempre que o percentual de majoração for justificado atuarialmente, a permitir a continuidade contratual tanto de jovens quanto de idosos, bem como a sobrevivência do próprio fundo mútuo e da operadora, que visa comumente o lucro, o qual não pode ser predatório, haja vista a natureza da atividade econômica explorada: serviço público impróprio ou atividade privada regulamentada, complementar, no caso, ao Serviço Único de Saúde (SUS), de responsabilidade do Estado.

9. Se for reconhecida a abusividade do aumento praticado pela operadora de plano de saúde em virtude da alteração de faixa etária do usuário, para não haver desequilíbrio contratual, faz-se necessária, nos termos do art. 51, § 2º, do CDC, a apuração de percentual adequado e razoável de majoração da mensalidade em virtude da inserção do consumidor na nova faixa de risco, o que deverá ser feito por meio de cálculos atuariais na fase de cumprimento de sentença.

10. TESE para os fins do art. 1.040 do CPC/2015: O reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que (i) haja previsão contratual, (ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso.

11. CASO CONCRETO: Não restou configurada nenhuma política de preços desmedidos ou tentativa de formação, pela operadora, de 'cláusula de barreira' com o intuito de afastar a usuária quase idosa da relação contratual ou do plano de saúde por impossibilidade financeira. Longe disso, não ficou patente a onerosidade excessiva ou discriminatória, sendo, portanto, idôneos o percentual de reajuste e o

Acesso ao Sumário

aumento da mensalidade fundados na mudança de faixa etária da autora. 12. Recurso especial não provido".

(REsp 1568244/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 19/12/2016)

Na hipótese, o reajuste das mensalidades segue a disciplina do item 15 do contrato (fls. 224), que prevê, como reajuste por faixa etária, os seguintes valores, expressos em US - Unidade de Serviço:

Faixa etária	Especial
Até 17 anos	250,94
De 18 a 45 anos	380,11
De 46 a 55 anos	495,77
De 56 a 60 anos	847,73
De 61 a 65 anos	1.126,79
De 66 a 70 anos	1.540,05
De 71 anos	2.143,57

O valor da US - Unidade de Serviço, por sua vez, é atualizado com base em fórmula contida na cláusula 17 do contrato, fundada na variação dos custos médico-hospitalares, salários pagos pela empresa, entre outros fatores lá dispostos.

Da forma como foi redigida a mencionada cláusula, é impossível verificar a correção da própria fixação da Unidade de Serviço, já que fundada em elementos unilaterais e não comprovados de forma contábil.

Aliás, esta Câmara já fixou entendimento da nulidade da US - Unidade de Serviço, entendimento que aqui se confirma.

Além daqueles reajustes apontados na tabela acima, após os 72 anos, a cláusula 16.3 prevê aumentos anuais e sucessivos cumulativos de 5%, realizados no mês de aniversário do segurado.

É possível verificar, por fim, que a partir dos 46 anos a mudança de faixa etária implica em variação de valores nos seguintes percentuais:

Faixa etária	Percentual
De 46 a 55 anos	30,43%
De 56 a 60 anos	70,99%
De 61 a 65 anos	32,92%
De 66 a 70 anos	36,68%
De 71 anos	39,19%

Conclui-se, portanto, que, muito embora o contrato preveja os reajustes das mensalidades do plano de saúde por mudança de faixa etária, a aplicação da "Unidade de Serviço" e de cinco reajustes cumulativos, nos percentuais de 30,43%, 70,99%, 32,92%, 36,68% e 39,19%, aos 46, 56, 61, 66 e 71 anos, respectivamente, além dos reajustes anuais sucessivos e cumulativos de 5% a partir dos 72 anos, oneram demasiadamente os consumidores, os quais ficam em situação de vulnerabilidade, inviabilizando a continuidade do contrato.

Desse modo, imperioso o reconhecimento da abusividade e, consequentemente, da nulidade das cláusulas contratuais que serviram de fundamento para os reajustes impostos unilateralmente pela ré, nos termos do

Acesso ao Sumário

artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor.

Por outro lado, não é possível desde logo a fixação do valor do prêmio devido pela segurada, ante a ausência de parâmetros certos e seguros.

Desta forma, reconhecida a abusividade dos reajustes objeto da lide, deverão ser apurados na fase de cumprimento de sentença índices alternativos que se mostrem mais adequados e razoáveis, em exata obediência ao entendimento firmado no Recurso Especial representativo de controvérsia acima mencionado, em seu item 9 que assim dispõe:

"(...)

9. Se for reconhecida a abusividade do aumento praticado pela operadora de plano de saúde em virtude da alteração de faixa etária do usuário, para não haver desequilíbrio contratual, faz-se necessária, nos termos do art. 51, § 2º, do CDC, a apuração de percentual adequado e razoável de majoração da mensalidade em virtude da inserção do consumidor na nova faixa de risco, o que deverá ser feito por meio de cálculos atuariais na fase de cumprimento de sentença".

Em hipóteses análogas, já decidiu esta Colenda Câmara:

"REVISÃO DE CONTRATO - Seguro-saúde - Reajuste das parcelas do prêmio do plano de saúde de modalidade individual ou familiar - Legalidade, desde que previstos no contrato as faixas etárias e os percentuais de reajuste de forma clara - Inexistência de vedação, pelo Estatuto do Idoso, ao reajuste de mensalidades, por faixa etária, após o implemento de 60 anos, desde que o aumento não seja abusivo, desvinculado de qualquer justificativa atuarial e não atue como 'cláusula de barreira', expulsando indevidamente o idoso, do contrato, de forma discriminatória - Necessidade de observância de parâmetros para o reajuste das contraprestações, tais quais, (i) expressa previsão contratual; (ii) não serem aplicados índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios; (iii) respeito às normas expedidas pelos órgãos governamentais - Abusividade a ser aferida no caso concreto, de acordo com a tese firmada para os fins do art. 1.040 do CPC/2015 (STJ, REsp 1568244) - ***Valor correto do prêmio apurável em liquidação por arbitramento, mediante perícia atuarial a ser custeada pela seguradora - Ação parcialmente procedente Recurso parcialmente provido****".*

(TJSP; Apelação 1004282-41.2017.8.26.0011; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI - Pinheiros - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/10/2017; Data de Registro: 16/10/2017).

No mesmo sentido:

"Seguro Saúde - Contrato anterior à lei 9.656/98 e ao Estatuto do

Acesso ao Sumário

Idoso - Previsão contratual de reajustes por faixa etária aos 60 anos de idade - Regularidade, nos termos de Recurso Repetitivo apreciado pelo E. STJ - Magnitude dos aumentos, contudo, abusiva e injustificada - Redução a patamares adequados em cumprimento de sentença Recurso parcialmente provido".

(TJSP; Apelação 1000716-21.2016.8.26.0011; Relator: Eduardo Sá Pinto Sandeville; 6ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 03.03.2017)

"PLANO DE SAÚDE - Contrato Individual - Reajustes anuais e com base na mudança de faixa etária - Reajustes anuais efetivados segundo os índices autorizados pela ANS - Inexistência de abusividade - Reajuste por mudança de faixa etária - Em face do entendimento firmado pelo STJ no julgamento do REsp 1.568.244 /RJ, submetido ao regime do art. 1.036 do CPC, no tocante aos planos de saúde firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998, deve-se seguir o que consta no contrato, respeitadas, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas da legislação consumerista e, quanto à validade formal da cláusula, as diretrizes da Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS - Hipótese em que os índices foram aplicados de maneira totalmente aleatória, desprovidos de base contratual e atuarial, onerando demasiadamente a consumidora - Necessidade de apuração de percentual adequado e razoável, em fase de cumprimento de sentença, a fim de evitar desequilíbrio contratual - Sentença reformada - Recurso parcialmente provido".

(Apelação nº 1077816-76.2016.8.26.0100; Relator: Moreira Viegas; 5ª Câmara de Direito Privado; 27ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09.08.2017)

Logo, a R. Sentença deve ser parcialmente reformada para determinar a apuração de percentuais alternativos da mensalidade no que toca aos reajustes por faixa etária reduzidos (46 e 56 anos) e afastados (a partir dos 60 anos), por meio de cálculos atuariais, na fase de cumprimento de sentença em exata obediência ao entendimento firmado quando do julgamento do Recurso Especial representativo de controvérsia nº 1.568.244-RJ.

Anote-se que a produção da prova relativa aos cálculos atuariais é ônus da operadora, a quem incumbe demonstrar o valor do prêmio a ser pago.

No que toca à multa de mora prevista na cláusula 18.7, deve ser mantida a limitação em 2% nos termos do artigo 52, parágrafo 1º, do Código de Defesa do Consumidor. Ainda que se considere inaplicável tal diploma legal, ainda assim a redução seria devida, eis que abusiva a cobrança em valor maior a consumidor aderente, entendimento que apenas se consolidou com o Código de Defesa do Consumidor.

Acesso ao Sumário

Por conta da sucumbência recíproca, cada uma das partes arcará com 50% das custas e despesas processuais, devendo a autora pagar ao advogado da ré honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, e a ré pagar ao advogado da autora honorários advocatícios, fixados também em 10% sobre o valor da causa.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, dou provimento em parte ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004680-79.2012.8.26.0431, da Comarca de Pederneiras, em que são apelantes ASSOCIAÇÃO HOSPITALAR DE BAURU (EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL) e LUIS FABIANO PUGLIA GUERREIRO LOPES, é apelada ROCA APARECIDA DOS SANTOS GERMINO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.629)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ENIO ZULIANI (Presidente) e MAURÍCIO CAMPOS DA SILVA VELHO.

São Paulo, 24 de agosto de 2018.

ALCIDES LEOPOLDO, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Dano Moral - Erro Médico - Denunciação da lide - Relação de consumo - Indeferimento - Negligência - Omissão na investigação dos traumas sofridos pela vítima e prematura alta médica, com agravamento no estado do paciente, que veio a falecer - Diagnóstico incompleto - Perda de uma chance - Redução da indenização por dano moral - Recurso provido em parte.

VOTO

Trata-se de ação de indenização, alegando a autora que, no dia 20/07/2011, seu marido acidentou-se no trânsito, tendo sido encaminhado ao Hospital de Base, onde permaneceu sob observação neurológica e tratamento dos traumas, recebendo alta da UTI em 23 de julho de 2011, sendo conduzido à Enfermaria,

da qual recebeu alta médica hospitalar no dia 25 de julho de 2011 pelo médico requerido, o qual, no dia seguinte, voltou atrás, suspendendo a alta, solicitando avaliação pelo plantonista, sendo posteriormente confirmada por ele mesmo a alta hospitalar, de modo que o paciente deixou o hospital no dia 27 de julho de 2011, com insuficiência respiratória, o que se agravou com a chegada em casa, motivo pelo qual dirigiu-se à Santa Casa de Pederneiras, na qual foram diagnosticadas fraturas de costela, dispneia e insuficiência respiratória aguda, sendo reencaminhado com urgência, no mesmo dia, ao Hospital de Base, onde veio a falecer em 02 de agosto de 2011, havendo sido negligente a conduta médica no primeiro atendimento, ao deixar de diagnosticar as fraturas na costela, uma deformação torácica e um derrame pleural bilateral, tratando os sintomas sem se preocupar com as causas, pretendendo a autora indenização por dano moral no valor de 500 salários mínimos.

A r. sentença, cujo relatório se adota, julgou procedente a ação em relação à corré Associação Hospitalar de Bauru, condenando-a ao pagamento de R$ 300.000,00 a título de indenização por dano moral, com correção monetária a partir do arbitramento e juros de mora de 1% ao mês da citação, além das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% do valor atualizado da causa, e julgou improcedente a ação contra o corréu Luis Fabiano Puglia Guerreiro Lopes, condenando a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, observada a gratuidade da justiça (fls. 603/609).

A corré Associação Hospitalar de Bauru apelou informando ter sido decretada sua dissolução em sentença transitada em julgado e, no mérito, afirmou que não restou demonstrada qualquer conduta ilícita de sua parte, falha na prestação de seus serviços, ou mesmo nexo causal constituidor da suposta obrigação ressarcitória, não havendo prestação defeituosa de serviço de sua parte e, subsidiariamente, pediu o acolhimento da denunciação da lide ao corréu, único responsável por eventual falha nos serviços médicos prestados e, por fim, pleiteia a redução do valor da indenização (fls. 612/628).

Foram apresentadas contrarrazões requerendo-se o não conhecimento do recurso, pela falta de impugnação aos fundamentos da sentença e, no mérito, a manutenção da decisão (fls. 630/636).

É o Relatório.

Primeiramente, não houve ofensa ao art. 932, III, tampouco ao art. 1.010, II, ambos do CPC/2015, uma vez que o recurso de apelação apresenta efetivo ataque aos fundamentos de fato e de direito da sentença.

Sendo inequívoca a relação de consumo e a responsabilidade objetiva do fornecedor pelos seus prepostos, é entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça de que: “qualquer ampliação da controvérsia que signifique

Acesso ao Sumário

produção de provas desnecessárias à lide principal vai de encontro ao princípio da celeridade e da economia processual. Especialmente em casos que envolvam direito do consumidor, admitir a produção de provas que não interessam ao hipossuficiente resultaria em um ônus que não pode ser suportado por ele. Essa é a ratio do Código de Defesa do Consumidor quando proíbe, no art. 88, a denunciação à lide" (AgRg no AREsp 334.359/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 31/03/2014; AgRg no AREsp 439.631/SE, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 05/02/2014; REsp 801.691/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 15/12/2011; AgRg no Ag 1402439/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 10/04/2012).

É assente que: "a vedação à denunciação da lide prevista no art. 88 do CDC não se restringe à responsabilidade de comerciante por fato do produto (art. 13 do CDC), sendo aplicável também nas demais hipóteses de responsabilidade civil por acidentes de consumo (arts. 12 e 14 do CDC)" (REsp 1165279/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 28/05/2012), ficando mantido o indeferimento de intervenção de terceiro.

O falecido marido da autora foi vítima de acidente automobilístico, recebendo atendimento no nosocômio requerido, vindo a falecer.

Consoante a lição de José de Aguiar Dias[1]: "o objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos, e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência, na fórmula da Corte Suprema da França".

Acerca da responsabilidade do médico, adverte Ulderico Pires dos Santos[2]: "para responsabilizá-lo pelos insucessos no exercício de seu mister que venham a causar danos aos seus clientes em consequência de sua atuação profissional, é necessário que resulte provado de modo concludente que o evento danoso se deu em razão de negligência, imprudência, imperícia ou erro grosseiro de sua parte".

Portanto, ainda que inequívoca a relação de consumo, a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais deve ser apurada mediante a verificação de culpa (art. 14, § 4º, Lei n. 8.078/90), cuidando-se, assim, de hipótese de culpa subjetiva (REsp 1216424/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 19/08/2011), e a responsabilidade objetiva

Acesso ao Sumário

1 DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 3ª ed. vol. I. Rio de Janeiro: Forense,1954, p.274.

2 SANTOS, Ulderico Pires dos. A Responsabilidade Civil na Doutrina e na Jurisprudência. Rio de Janeiro: FORENSE, 1984, p. 361.

e solidária do Hospital ou do Plano de Saúde, está condicionada à comprovação da culpa do médico, do nexo de causalidade e do dano.

Diagnóstico, segundo o escólio de Arnaldo Rizzardo[3], significa "a determinação da doença, das causas que a determinaram, dos caracteres e dos efeitos. Constitui uma operação delicada, feita em vista dos sintomas apresentados, dos exames e verificações auscultadas em face de testes e de múltiplas reações. Cumpre distinguir se o erro é escusável ou inescusável. O primeiro é aquele inevitável, ou impossível ao homem mediano, no exercício de suas atividades, evitá-lo. O inescusável corresponde ao que era possível evitar".

Salienta o eminente jurista Hamid Charaf Bdine Júnior[4] que: "o erro de diagnóstico configura culpa, em geral, na modalidade negligência. No entanto, também pode decorrer da imperícia (insuficiência de conhecimento, despreparo técnico para enfrentar o caso prático), quando se identifica a carência de conhecimentos sobre a cirurgia ou a mediação em face dos sintomas revelados pelo paciente", mas ressalva que: "as incertezas da medicina tornam impreciso o diagnóstico, excluindo o erro"[5].

No caso, o laudo pericial de fls. 531/538 concluiu que: "o quadro de progressiva insuficiência respiratória deixou de ser reconhecido e registrado nas sucintas notas médicas mas pode ser observado pela crescente necessidade de O2 suplementar registrada nas notas de consumo (p.188); o politraumatismo sofrido no acidente automobilístico causou lesões internas no tórax e abdômen que provocaram elevação da cúpula diafragmática direita. **A natureza da lesão não foi investigada nem durante as internações nem no exame necroscópico, não sendo possível juízo conclusivo sobre a causa da morte**" (fls. 536).

Em resposta aos quesitos, o perito esclareceu que "a tomografia realizada não informa nem sobre fraturas das costelas nem sobre contusão pulmonar. A hipótese adicional de TEP, plausível, não foi adequadamente investigada nem tratada" (fls.537); "concorreram para o óbito a demora diagnóstica (que levou à alta do paciente sintomático) e a falta de medidas de suporte ventilatório durante a segunda internação" (fls.537); que houve "falha diagnóstica durante a primeira internação, insuficiência de suporte clínico/ventilatório durante a segunda internação" (fls. 538).

O Superior Tribunal de Justiça, com fundamento naquilo que a doutrina francesa chama de "le dommage par ricochet" ou "préjudice d'affection", tem admitido que parentes ou pessoas afetivamente ligadas ao ofendido possam pleitear a compensação por dano moral, por terem experimentado os efeitos lesivos do dano de forma indireta ou reflexa (REsp 1208949/MG, Rel. Ministra

3 RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade Civil. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.332.
4 BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Responsabilidade Civil na Área da Saúde: Responsabilidade pelo Diagnóstico. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 93.
5 Ibidem, p.97.

Acesso ao Sumário

NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 15/12/2010).

Como preleciona Maria Helena Diniz, "o lesado indireto é aquele que, não sendo vítima direta do fato lesivo, vem a sofrer com esse evento por experimentar um menoscabo ou uma lesão a um bem jurídico patrimonial ou moral em razão de sua vinculação com o lesado direto".

O I. Magistrado analisou com percuciência a prova, estando suficientemente comprovada a falha na prestação dos serviços médicos-hospitalares, sem correta investigação das lesões sofridas, resultando em incompleto diagnóstico e com indevida alta, obrigando a reinternação imediata, pelo agravamento do quadro, quando então foi solicitada tomografia do tórax, evidenciando elevação da cúpula diafragmática direita, com possibilidade de vários diagnósticos graves e potencialmente fatais (fls.534).

A situação enquadra-se naquilo que a doutrina denomina de Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance. Colhe-se da lição de Fernando Noronha[6] que, "quando se fala em chance, estamos perante situações em que está em curso um processo que propicia a uma pessoa a oportunidade de vir a obter no futuro algo benéfico. Quando se fala em perda de chances, para efeitos de responsabilidade civil, é porque esse processo foi irreversivelmente interrompido por um determinado fato antijurídico, por isso ficando a oportunidade irremediavelmente destruída. A chance que foi perdida pode ter-se traduzido tanto na frustração da oportunidade de obter uma vantagem, que por isso nunca mais poderá acontecer, como na frustração da oportunidade de evitar um dano, que por isso depois se verificou".

Sua aplicação segundo o Superior Tribunal de Justiça, também, se estende às hipóteses de erro médico (AgRg no AREsp 553.104/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 07/12/2015; REsp 1254141/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 20/02/2013), assim como entendem os Tribunais da França[7], e como relata Guido Alpa[8], os da Itália.

Não houvesse a negligência médico-hospitalar, frente às evidências clínicas que deveriam ser verificadas, o paciente poderia ter sobrevivido, tanto que chegou a ter uma recuperação, quando ocorreu a prematura e negligente alta médica.

Porém, na aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance deve haver a redução proporcional da indenização, sendo assente que: "admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado

Acesso ao Sumário

6 NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 695-6.

7 Cour d'appel de Versailles ct0087 Audience publique du jeudi 20 septembre 2007 N° de RG: 06/04514. (endereço eletrônico constante no texto original). Acesso em 30.12.2013.

8 ALPA, Guido. Nuevo Tratado de La Responsabilidad Civil. 1ª ed. en castellano. Lima: Jurista Editores, 1999, p.664.

em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional" (REsp 1254141/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 20/02/2013).

Estando comprovados o dano, a culpa e o nexo causal, há o dever de indenizar.

A fixação do dano moral deve observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando-se a gravidade, a natureza e repercussão da lesão, o sofrimento e a posição social do ofendido, bem como o dolo ou a culpa do responsável, sua situação econômica, a reparação espontânea e sua eficácia e a duração da lesão.

Nestas circunstâncias, considerando-se, ainda, as condições financeiras das partes, o valor da indenização estabelecido na sentença para o dano moral deve ser reduzido para R$ 70.000,00, a ser atualizado monetariamente, pelos índices da Tabela Prática do TJSP, a partir deste julgamento (Súmula n. 362/STJ), e acrescidos dos juros de mora de 1% ao mês desde da data da citação, por tratar-se de erro médico de natureza contratual (AgRg no REsp 1132658/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 29/08/2012; AgRg no REsp 1305743/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/10/2012, DJe 15/10/2012).

É oportuna a lição do I. Desembargador Cláudio Luiz Bueno de Godoy[9], no sentido da inadequação do art. 944, do Código Civil, aos casos de dano moral, "porquanto despido de natureza ressarcitória ou reparatória", pois, tal dano somente pode ser compensado.

Pelo exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO EM PARTE** ao recurso de apelação, mantendo-se a condenação da ré nas verbas da sucumbência, diante do contido na Súmula n.326 do STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1099144-62.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante Y.E.E. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado N.D.I.S.S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator,

9 GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Código Civil Comentado. Coor.Cezar Peluso. 6ª ed. Barueri: Manole, 2012, p.950.

que integra este acórdão. **(Voto nº 18/27612)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARY GRÜN (Presidente) e LUIS MARIO GALBETTI.

São Paulo, 31 de agosto de 2018.

MIGUEL BRANDI, Relator

Ementa: OBRIGAÇÃO DE FAZER - PLANO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE - Tratamento de fertilização in vitro - Cláusula contratual que exclui a cobertura - Legalidade, nos termos do Art. 10, III, da Lei nº 9.656/98, que faculta a exclusão da cobertura da inseminação artificial - Norma especial compatível com os arts. 35-C, cabeça e inciso III, da Lei nº 9.656/98 e 9º da Lei 9.263/1996 - A cobertura do planejamento familiar, assegurada pela lei de regência, se dá apenas para as atividades de atendimento clínico previstos no Anexo I da Resolução Normativa nº 387/2015, da ANS - Precedente do STJ - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de fls. 332/335, que julgou improcedente a ação, ajuizada por Y.E.E. em face de I.S.S.S.A., visando à declaração de invalidade das cláusulas contratuais do plano de saúde que a impede de realizar o procedimento da fertilização *in vitro* e à condenação da requerida a fornecer todo o tratamento de fertilização desde a realização dos atendimentos clínicos e possíveis exames necessários à requerente até à fecundação e implantação do embrião.

A autora, em decorrência, foram condenados a arcar com as custas processuais e com os honorários advocatícios de sucumbência fixados em 10% sobre o valor da causa, observados os benefícios da justiça gratuita deferidos.

Inconformada apela (fls. 337/364), alegando que vem tentando engravidar desde 2005 e que, após investigação sobre as causas do insucesso em conceber, descobriu ser portadora de infertilidade secundária, de quadro de baixar reserva ovariana, de fatores de trombofilia e de células *natural killers*, sendo-lhe indicado realizar reprodução assistida, pelo médico que a acompanha. Afirma que, sendo esta sua única possibilidade de engravidar, diante de seu quadro de saúde somado ao fator idade e ao fato de não parceiro físico, acabou realizando parte do procedimento às suas expensas, obtendo a fertilização de dois embriões. Informa que há indicação médica para nova fertilização *in vitro*, o mais breve

Acesso ao Sumário

possível, para aumentar as chances de sucesso da tentativa de gravidez, mas que não detém recursos para continuar o tratamento, razão pela qual aciona a requerida nesta demanda, para que esta o custeie, ressaltando que, em ação diversa, busca o ressarcimento das despesas já efetuadas.

Impugna a sentença que afastou essa pretensão, alegando que a cláusula contratual que exclui a cobertura da fertilização *in vitro* é abusiva e nula, porquanto viola os princípios da lealdade, da boa-fé objetiva, e da função social do contrato que se sobrepõe ao *pacta sunt servanda*. Da mesma forma, suscita a violação às disposições e garantias previstas no CDC, que a amparam. Defende, ainda, o direito ao planejamento familiar, previsto na Constituição e regulamentado pela Lei nº 9.2263/98, e a garantia do art. 35-C da Lei nº 9.656/98. Afirma que a infertilidade secundária, de que é portadora, é prevista na Classificação Internacional de Doenças-CID e que, portanto, há cobertura obrigatória para seu tratamento, conforme o art. 10 da Lei nº 9.656/98.

Argui que o direito à saúde é um dever do Estado e que, diante da impossibilidade de se efetivá-lo pelo Sistema Único de Saúde, uma vez que as operadoras de plano de saúde que assumem a assistência à saúde, devem disponibilizar todos os recursos para o tratamento médico indicado ao beneficiário. Nessa esteira, ressalta que as resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS não podem respaldar a negativa de cobertura do procedimento almejado e recomendado pelo profissional que a acompanha, tampouco se sobrepor às garantias da Lei Consumerista. Transcreve, ainda, ementas de julgados que corroboram a sua tese e suscita a observância à Súmula nº 102 desta Corte. Por fim, alega que de nada lhe adiantará ser submetida a consultas e exames voltados ao planejamento familiar, se não puder realizar o tratamento completo de reprodução assistida. Requer, assim, a reforma integral da sentença, para o julgamento de procedência da ação.

Recurso respondido (fls. 367/378).

Este processo chegou ao TJ em 12/07/2018, sendo a mim distribuído em 18/07/2018, com conclusão na mesma data (fls. 259).

É o Relatório.

Admito o recurso porque tempestivo; e isento de preparo em razão da gratuidade judiciária deferida ao apelante (fls. 335).

O apelo prospera em parte.

Inicialmente, anoto que apesar da diferença conceitual entre a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*, ambas se prepõe à mesma finalidade: a fertilização da mulher. Assim, devem ser tratadas de forma similar, para fins deste processo.

Dispõe o art. 35-C, cabeça e inciso III, da Lei nº 9.656/98, que "é obrigatória a cobertura do atendimento nos casos de planejamento familiar".

Acesso ao Sumário

E nos termos do art. 9º da Lei 9.263/1996, "*para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção*.".

O art. 10, inciso III, da Lei n.º 9.656/98, por sua vez, dispõe, *verbis*:

"***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 da Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto:***

[...]

III inseminação artificial"

Numa primeira leitura, poder-se-ia localizar contradição entre os preceptivos acima transcritos, já que embora se estatua a obrigatoriedade do planejamento familiar na cobertura dos planos de saúde, estaria excluída dele a inseminação artificial, muito embora tal procedimento pareça ser indecomponível com o instituto em questão.

Para dar cabo do problema, a Agência Nacional de Saúde Suplementar editou a Resolução 338, de 21 de outubro de 2013, a qual foi revogada pela Resolução nº 387, de 28 de outubro de 2015, mas que mantém a solução dada ao problema em seu artigo 8º, nos seguintes termos:

"***Art. 8º As ações de planejamento familiar de que trata o inciso III do artigo 35-C da Lei n.º 9.656, de 1998, devem envolver as atividades de educação, aconselhamento e atendimento clínico previstas nos Anexos desta Resolução, observando-se as seguintes definições: I - planejamento familiar: conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal; II - concepção: fusão de um espermatozoide com um óvulo, resultando na formação de um zigoto;* [...]" (grifou- se).

Nestes termos, apenas é obrigatória a cobertura das "ações de planejamento familiar", desde que se tratem das atividades de "atendimento clínico" previstas no Anexo I da Resolução nº 387, de 28 de outubro de 2015, Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS, o qual somente prevê a "atividade educacional para planejamento familiar" e a "consulta de aconselhamento para planejamento familiar".

Logo, cobertura maior do que a obrigatória deve ser contratada.

Acesso ao Sumário

Na hipótese, no contrato que vincula as partes, a cláusula 6.4 (fls. 226) expressamente exclui a cobertura da técnica de reprodução artificial pretendida. Vejamos:

> "6. DESPESAS NÃO COBERTAS ESTÃO EXCLUÍDAS DAS COBERTURAS, HAVENDO OU NÃO INTERNÇÃO HOSPITALAR, PREVALENCENDO ESTA CLÁUSULA SOBRE TODAS AS OUTRAS DESTAS CONDIÇÕES GERAIS, AS DESPESAS DECORRENTES DE:
>
> (...)
>
> 6.4 Inseminação artificial, de qualquer tipo e suas complicações;"

Anoto que a cláusula foi redigida de forma clara e com o devido destaque. Sobre o assunto, vale recordar o enunciado nº 20, da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ, realizado em São Paulo, em 15/05/2014:

> "*A inseminação artificial e a fertilização in vitro não são procedimentos de cobertura obrigatória pelas empresas operadoras de planos de saúde, salvo por expressa iniciativa prevista no contrato de assistência à saúde.*".

Além disso, valendo-se de uma interpretação sistemática dos dispositivos legais acima transcritos, verifica-se claramente que a regra do art. 10, III, da Lei nº 9.656/98 é especial em relação à regra geral do art. 35-C, cabeça e inciso III, da Lei nº 9.656/98 e do art. 9º da Lei 9.263/1996, não havendo incompatibilidade entre elas e não cabendo ao Poder Judiciário derrogar dispositivos legais.

Assim, a não cobertura contratual do tratamento buscado pelos autores está escorada em lei, não havendo ilicitude na recusa.

Neste sentido são os recentes julgados do STJ, assim como decisões desta Corte:

> "*RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. TRATAMENTO DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO COMO FORMA DE ALCANÇAR A GRAVIDEZ. DISCUSSÃO ACERCA DO ALCANCE DO TERMO PLANEJAMENTO FAMILIAR, INSERIDO NO INCISO III DO ART. 35-C DA LEI N. 9.656/1998 COMO HIPÓTESE DE COBERTURA OBRIGATÓRIA. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA DO DISPOSITIVO. FINALIDADE DA NORMA EM GARANTIR O MÍNIMO NECESSÁRIO AOS SEGURADOS EM RELAÇÃO A PROCEDIMENTOS DE PLANEJAMENTO FAMILIAR, OS QUAIS ESTÃO LISTADOS EM RESOLUÇÕES DA ANS, QUE REGULAMENTARAM O ARTIGO EM COMENTO. MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO PLANO E DA PRÓPRIA HIGIDEZ DO SISTEMA DE SUPLEMENTAÇÃO PRIVADA DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. RECURSO PROVIDO.*
>
> *1. A controvérsia trazida nestes autos cinge-se a saber se o tratamento*

Acesso ao Sumário

de fertilização in vitro passou a ser de cobertura obrigatória após a edição da Lei n. 11.935/2009, que incluiu o inciso III no art. 35-C da Lei n. 9.656/1998, o qual estabelece a obrigatoriedade de atendimento nos casos de planejamento familiar pelos planos e seguros privados de assistência à saúde.

2. Considerando a amplitude do termo planejamento familiar e em cumprimento à própria determinação da lei no parágrafo único do dispositivo legal em comento, a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS estabeleceu, por meio de resoluções normativas, diversos procedimentos de cobertura obrigatória, garantindo-se o mínimo necessário aos segurados de planos de saúde privados no que concerne a atendimentos relacionados ao planejamento familiar.

3. A interpretação sistemática e teleológica do art. 35-C, inciso III, da Lei n. 9.656/1998, somado à necessidade de se buscar sempre a exegese que garanta o equilíbrio econômico-financeiro do sistema de suplementação privada de assistência à saúde, impõe a conclusão no sentido de que os casos de atendimento de planejamento familiar que possuem cobertura obrigatória, nos termos do referido dispositivo legal, são aqueles disciplinados nas respectivas resoluções da ANS, não podendo as operadoras de plano de saúde serem obrigadas ao custeio de todo e qualquer procedimento correlato, salvo se estiver previsto contratualmente.

4. Com efeito, admitir uma interpretação tão abrangente acerca do alcance do termo planejamento familiar, compreendendo-se todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos como hipóteses de cobertura obrigatória, acarretaria, inevitavelmente, negativa repercussão no equilíbrio econômico-financeiro do plano, prejudicando todos os segurados e a própria higidez do sistema de suplementação privada de assistência à saúde.

5. Por essas razões, considerando que o tratamento de fertilização in vitro não possui cobertura obrigatória, tampouco, na hipótese dos autos, está previsto contratualmente, é de rigor o restabelecimento da sentença de improcedência do pedido.

6. Recurso especial provido." (REsp 1692179/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgamento em 05/12/2017, DJe 15/12/2017) (grifos não originais);

"*RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. INFERTILIDADE CONJUGAL. PLANEJAMENTO FAMILIAR. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. EXCLUSÃO DE COBERTURA. ABUSIVIDADE. NÃO CONFIGURADA. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. RESOLUÇÕES NORMATIVAS. FUNDAMENTO NA LEI 9.656/98.*

Acesso ao Sumário

1. Ação ajuizada em 12/01/15. Recurso especial interposto em 23/03/16 e concluso ao gabinete em 19/03/18. Julgamento: CPC/15.

2. O propósito recursal é definir se a inseminação artificial por meio da técnica de fertilização in vitro deve ser custeada por plano de saúde.

3. A Lei 9.656/98 (LPS) dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde e estabelece as exigências mínimas de oferta aos consumidores (art. 12), as exceções (art. 10) e as hipóteses obrigatórias de cobertura do atendimento (art. 35-C).

4. A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), com a autorização prevista no art. 10, §4º, da LPS, é o órgão responsável por definir a amplitude das coberturas do plano-referência de assistência à saúde.

5. A Resolução Normativa 338/2013 da ANS, aplicável à hipótese concreta, define planejamento familiar como o 'conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal' (art. 7º, I, RN 338/2013 ANS).

6. Aos consumidores estão assegurados, quanto à atenção em planejamento familiar, o acesso aos métodos e técnicas para a concepção e a contracepção, o acompanhamento de profissional habilitado (v.g. ginecologistas, obstetras, urologistas), a realização de exames clínicos e laboratoriais, os atendimentos de urgência e de emergência, inclusive a utilização de recursos comportamentais, medicamentosos ou cirúrgicos, reversíveis e irreversíveis em matéria reprodutiva.

7. A limitação da lei quanto à inseminação artificial (art. 10, III, LPS) apenas representa uma exceção à regra geral de atendimento obrigatório em casos que envolvem o planejamento familiar (art. 35-C, III, LPS). Não há, portanto, abusividade na cláusula contratual de exclusão de cobertura de inseminação artificial, o que tem respaldo na LPS e na RN 338/2013.

8. Recurso especial conhecido e provido." (REsp nº 1.734.445/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgamento em 15/05/2018, DJe 18/05/2018);

"APELAÇÃO CÍVEL. Plano de saúde. Ação de obrigação fazer. Pretensão de cobertura de tratamento de fertilização in vitro diante da recomendação médica expressa para o caso da autora, que teve sua capacidade reprodutiva prejudicada em razão de complicações decorrentes de gestação ectópica. Negativa da operadora fundada na validade de cláusula de exclusão de cobertura. Sentença de procedência do pedido. Recurso da operadora. Acolhimento. Existência de exclusão legal válida no art. 10, III da Lei dos Planos de Saúde para procedimentos de reprodução assistida. Ausência de conflito de norma com o art. 35-C, III da mesma Lei, o qual institui para as operadoras de plano de saúde a obrigação de cobrir planejamento familiar apenas no que tange atividades de educação, aconselhamento e atendimento clínico. Inaplicabilidade da lei que trata do planejamento familiar no

Acesso ao Sumário

âmbito da administração pública dos serviços de saúde. Caso de não incidência da Súmula 102 deste Tribunal, já que a fertilização in vitro não é um tratamento para reverter a infertilidade, mas método concebido para contornar essa impossibilidade biológica e viabilizar uma gravidez. Precedentes desta Câmara e Tribunal. Sentença reformada para julgar improcedente a ação. RECURSO PROVIDO". (v.25190)." (Processo 1000586-21.2016.8.26.0176 - Apelação/Planos de Saúde - Relator(a): Viviani Nicolau - Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado - TJSP);

"*Obrigação de fazer. Plano de assistência médico-hospitalar. Segurada portadora de infertilidade primária. Pretensão de cobertura de fertilização 'in vitro'. Inadmissibilidade. Exclusão contratual se mostra legítima. Alegação de que abrange planejamento familiar não tem suporte. Interpretação extensiva da matéria não encontra embasamento. Disposições pactuadas devem ser levadas em consideração. Improcedência da ação em condições de sobressair. Apelo provido." (Processo 1000959- 94.2016.8.26.0453 Apelação/Planos de Saúde - Relator(a): Natan Zelinschi de Arruda - Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado - TJSP)*;

"Plano de saúde - Ação cominatória c.c. indenizatória - Pretensão de condenar a ré a custear o tratamento de infertilidade da autora, fornecendo tudo o quanto necessários para tal, com danos morais - Improcedência - Inexistência de cobertura obrigatória para fertilização in vitro, tendo em vista infertilidade da autora, sem causa aparente - Inexistência de real antinomia na legislação de regência - Inteligência aos arts. 10, caput e III, e 35-C, III, da Lei n. 9.656/98, e da Resolução 192/2009, da ANS - Precedentes - Sentença de improcedência mantida - Honorários que são majorados de acordo com o art. 85, § 11 do CPC - Recurso improvido." (Processo 1000699-66.2016.8.26.0566 Apelação/Planos de Saúde - Relator(a): Silvério da Silva - Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado - TJSP).

Outrossim, o planejamento familiar abrange um conjunto muito grande de meios, podendo-se concluir pela compatibilidade das normas aqui consideradas.

Destaco que a Resolução nº 211/2010 da ANS foi revogada pela Resolução nº 338/2013 que, por sua vez, foi revogada pela Resolução nº 387/2015.

Anoto que o dever de prover o necessário para o planejamento familiar, de forma integral, é do Estado, nos termos do art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 9.263/96. Segue o dispositivo:

"*Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde. Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no caput, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem*

Acesso ao Sumário

ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras:

I - a assistência à concepção e contracepção;

II - o atendimento pré-natal;

III - a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato;

IV - o controle das doenças sexualmente transmissíveis;

V - o controle e a prevenção dos cânceres cérvico-uterino, de mama, de próstata e de pênis.".

Tal dever não pode ser estendido aos planos de saúde de natureza particular sem a devida contraprestação, sob pena de rompimento do necessário equilíbrio contratual e econômico atuarial do negócio.

Não há que se falar em violação ou negativa de vigência aos dispositivos legais e constitucionais suscitados pela apelante em seu recurso (artigos 4º, inciso III; art. 14, art. 20, § 2º, art. 39, art. 47 e art. 51, incisos IV e XV e o § 1º, inc. II, III, dentre outros do Código de Defesa do Consumidor; do artigo 35-C, III, da Lei 9.656/98; dos artigos 113, 421 e 422, do Código Civil; dos artigos 6º; artigo 226, em seu § 4º e 7º; artigo 196 e artigo 5º, inc. XXXII, da Constituição Federal), os quais, diante de toda fundamentação acima, ficam aqui prequestionados.

Por derradeiro, é de se lembrar que o Sistema Único de Saúde disponibiliza hoje práticas integrativas e complementares à medicina tradicional[1] que se mostram eficazes no tratamento da fertilidade, equilíbrio e cura do corpo e que podem auxiliar os autores em sua pretensão de gerarem um filho.

Diante dessas considerações, pelo meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, para garantir à autora/apelante atendimento segundo as normas regulamentares antes comentadas.

E diante do resultado final do julgamento desta ação, considerando o alcance do pedido inicial e o efetivamente concedido neste julgado, mantenho a sucumbência fixada na sentença, devendo a autora arcar com as custas processuais e com os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1008045-93.2017.8.26.0320, da Comarca de Limeira, em que é apelante/apelada L.C.S. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), é apelado/apelante MEDISERVICE

1 Portaria nº 849, de 27 de março de 2017 - Inclui a Arteterapia, **Ayurveda**, Biodança, Dança Circular, **Meditação, Musicoterapia, Naturopatia**, Osteopatia, Quiropraxia, **Reflexoterapia**, **Reiki**, Shantala, Terapia Comunitária Integrativa e Yoga à Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares.

Acesso ao Sumário

OPERADORA DE PLANOS DE SAÚDE S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Recurso da ré desprovido. Recurso da parte autora provido. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31549)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COSTA NETTO (Presidente sem voto), GALDINO TOLEDO JÚNIOR e JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO.

São Paulo, 11 de setembro de 2018.

PIVA RODRIGUES, Relator

Ementa: Apelação. Plano de saúde coletivo empresarial. Obrigação de fazer cumulada com indenização por danos materiais e morais. Paciente criança portadora de atraso no desenvolvimento neuropsicomotor, mental, intelectual e social, com terapêutica recomendada de reabilitação multidisciplinar com fisioterapia, terapia ocupacional, fonoaudiologia (todas com método Bobath) e equoterapia. Tratamento custeado de forma particular pelos genitores, com submissão a posterior reembolso, efetivado apenas de modo parcial. Alegação da seguradora de saúde de que quem é responsável pelos reembolsos parciais é a empregadora do representante legal da autora e de que inexiste cobertura no contrato firmado aos procedimentos terapêuticos requeridos pela autora. Sentença de procedência parcial dos pedidos iniciais, acolhido o pedido cominatório/restitutório do dano material. Inconformismos recíprocos. Não provimento do apelo da ré e provimento do apelo da autora. Sentença reformada.

1. Apelo da ré Mediservice <u>não provido</u>.

1.1. Alegação recursal de exclusão ou limitação de cobertura autorizada por contrato e pela regulação da ANS. Descabimento. A conduta da operadora se afigura abusiva por representar indevida interferência na atividade médica. O médico de confiança do paciente tem autonomia para prescrever a modalidade de tratamento mais adequada ao paciente, irrelevante o fato de o procedimento não constar de

Acesso ao Sumário

rol obrigatório da ANS ou da Tabela respectiva do plano, ou estar delimitado em número máximo de sessões por um determinado intervalo de tempo, que devem ser reconhecidos como parâmetros mínimos de cobertura. Havendo a cobertura contratual da moléstia, ponto incontroverso, e não havendo impugnação consistente quanto à (i) essencialidade da forma de administração de terapêutica prescrita pelo médico e (ii) o número ilimitado e prescrito das sessões para o controle da moléstia de natureza grave, fica acolhido o pedido cominatório, para permitir que o procedimento terapêutico seja realizado consoante a prescrição médica, nas especialidades informadas. Aplicação das Súmulas nº 96 e 102 deste E. Tribunal. Preservação do objeto final máximo do contrato, de resguardo à incolumidade física, à saúde e à vida da paciente. Recusa abusiva.

2. Apelo da autora L. provido.

2.1. Alegação recursal de que sofreu danos morais que devem ser indenizados. Acolhimento. Dano moral in re ipsa e dano presumido. Agravamento da situação de debilidade e sofrimento da parte autora pela recusa indevida de custeio integral de tratamento multidisciplinar primordial à sua convalescença. Recusa indevida de cobertura, visto que decorre de prática amparada em cláusula contratual já reiteradamente considerada abusiva por pacífico entendimento pretoriano. Fixação em R$ 10.000,00 (dez mil reais), proporcional para a compensação do dano sofrido consoante as peculiaridades do caso e também de acordo com o pedido formulado na inicial.

3. Recurso da ré Mediservice desprovido; recurso da parte autora L. provido.

VOTO

Trata-se de ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos materiais e morais ajuizada por L.C.S., representada pelo seu genitor J.J.S., contra Mediservice Administradora de Planos de Saúde, em que o E. Juiz de Direito Flávio Dassi Vianna proferiu sentença, julgando procedentes em parte os pedidos iniciais para o fim de, tornando definitiva a liminar concedida,

Acesso ao Sumário

condenar a ré "*a reembolsar integralmente as despesas custeadas pelo genitor da autora, relacionadas ao tratamento a que a autora se submete desde o ano de 2015, devendo, inclusive, pagar à autora as diferenças apuradas até a data do ajuizamento da ação, no valor de R$ 5.022,42 (cinco mil vinte e dois reais e quarenta e dois centavos), mais aquelas realizadas no decorrer da ação, a serem oportunamente comprovadas, com correção monetária pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo desde a data do ajuizamento da ação e juros de mora de 1% ao mês contados a partir da citação.*". Também determinou "*o bloqueio pelo sistema BacenJud do valor de R$ 13.940,00 (treze mil novecentos e quarenta reais), conforme comprovam os documentos de fls. 149/151, a fim de assegurar a continuidade do tratamento da autora e o cumprimento da ordem judicial inicialmente concedida, diante da urgência da medida, com fundamento no artigo 139, IV, do Código de Processo Civil*" (fl. 160).

Diante da sucumbência recíproca, condenada a ré a pagar as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação e a autora a pagar os honorários advocatícios fixados, por equidade, em R$ 1.000,00 (mil reais), com a ressalva do art. 98, § 3º do CPC/15, observada a gratuidade concedida à parte autora para a exigibilidade de tais verbas.

Sentença proferida em 01.03.2018 (fls. 160).

Ambas as partes apelam.

Primeiro, apela a autora L. (fls. 162/169). Argumenta ter sofrido danos morais que devem ser indenizados. Salienta que, em diversas etapas do processo, em especial nas páginas 104/108, 114/115, 118/119, 124 e 139/142, a parte ré-apelante teria evidenciado má vontade em cumprir a determinação judicial. Salienta que a circunstância de supostamente ter suportado gastos de 81% (oitenta e um por cento) do total da terapia não foi suficiente para trazer paz, equilíbrio e tranquilidade necessária pela autora-apelante ao progresso de seu tratamento. Sinaliza que havia incerteza de que o seu genitor poderia arcar financeiramente com a diferença do custo das terapias. Anota que a limitação de tratamento sem justificativa plausível emitida pelas operadoras de planos de saúde pode ensejar a reparação pelo dano moral ao cliente, na esteira de entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, que reconhece como devido o dano moral "*em razão do agravamento da situação de aflição e angústia causada ao paciente, não sendo necessária, nesses casos, a demonstração de provas que atestem a ofensa moral ou material*" (fl. 165). Salienta já ter sido decidido também no âmbito do STJ de ser abusiva recusa de cobertura de procedimento médico regularmente prescrito, uma vez que capaz de comprometer o próprio tratamento dispensado ao usuário do plano, sendo impossível impedir o usuário de receber o tratamento com o método mais moderno disponível no momento em que instalada a doença coberta (fl. 168). Agrega ser responsabilidade dos planos e

Acesso ao Sumário

seguros saúde custear, quando prescrito por médicos, o atendimento fisioterápico, fonoaudiológico, psicoterápico e terapia ocupacional, sem limitações quanto ao número de sessões e, caso necessário, no ambiente domiciliar.

Requer, enfim, o provimento do apelo para que seja fixada indenização por danos morais, nos moldes da petição inicial ("*R$ 10.000,00, ou valor superior, caso seja o entendimento de Vossa Excelência*", cf. fls. 13).

A ré Mediservice também apela (fls. 170/179). Defende a regularidade e validade da cláusula do contrato de plano de saúde que limita o número de sessões de fisioterapia objeto de cobertura e também para a cláusula que exclui absolutamente a cobertura de terapia ocupacional, fonoaudiologia e equoterapia. Assinala que a sua postura está conforme com a regulação expedida pela ANS, que não determina a cobertura irrestrita de sessões de fisioterapia, sequer dos demais tratamentos buscados pela parte autora na sua inicial. Salienta que a cláusula limitativa de cobertura disposta no contrato está conforme com o Código de Defesa do Consumidor (artigo 54, parágrafo 4º). Prossegue afirmando que o contrato em tela - plano de saúde coletivo empresarial estipulado pela empregadora do genitor da autora, empresa Caterpillar - tem cobertura limitada pelo rol divulgado periodicamente pela ANS, parâmetro obrigatório, no qual se dispõem limites de sessões de cobertura de fisioterapia (quarenta consultas ou sessões por ano de contrato, consoante item 93 do Anexo da Resolução Normativa 387 da ANS, cf. fl. 174) e não se afiguram presentes os demais tratamentos requisitados pela autora. Ressalta ser um direito da operadora não cobrir os exames que não são reconhecidos pelas autoridades médicas e governamentais nacionais, tratando essa exclusão de forma clara e explícita no contrato. Sustenta que se trata de medida racional e previsível, sem gerar indevida desvantagem para qualquer das partes. Reforça que o contrato segue a regência do artigo 757 do CC/02, que fixa que o segurador sempre assume riscos financeiros certos e predeterminados, não podendo responder por outros riscos não previstos, visto que o prêmio pago é calculado pelo usuário de acordo com a dimensão desses riscos assumidos. Ressalta, por fim, a regularidade da cláusula contratual de exclusão ou limitação, não podendo ser reconhecida como abusiva.

Requer, enfim, o provimento do apelo para se julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Recursos processados e respondidos (fls. 184/188, pela autora; fls. 189/196, pela ré).

Aportaram os autos no E. Tribunal em 27.04.2018, com distribuição à Relatoria em 09.05.2018, livremente.

Manifestação da Douta Procuradoria Geral de Justiça, por intermédio do E. Procurador Gustavo Yamaguchi Miyazaki, opinando pelo não provimento dos recursos de apelação, tanto da autora, quanto da ré.

Acesso ao Sumário

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

Conclusos para julgamento definitivo em 11.06.2018.

É o relatório.

O recurso de apelação da ré Mediservice não comporta provimento, enquanto que ao da parte autora L. deve ser dado provimento, exclusivamente para se fixar indenização por danos morais em seu benefício.

Em sua maior extensão, justamente no tópico da obrigação de fazer e da indenização por danos materiais, a motivação posta pelo juízo de primeiro grau em relação ao dever de a operadora de plano de saúde ré disponibilizar o tratamento indicado à paciente está em coincidência com a avaliação da Relatoria realizada no reexame dos autos, de modo que ora se lhe transcreve o teor de seus termos mais determinantes, *verbis*:

"(...) No mérito, o pedido inicial procede em parte.

A ré alega que não há previsão contratual para o reembolso das despesas médicas.

Porém, para comprovar suas alegações não juntou aos autos o indispensável contrato de plano de saúde, de modo que não está comprovada a referida limitação.

Ademais, havendo expressa indicação médica de tratamentos complementares em relação a enfermidade coberta pelo contrato não deve prevalecer a negativa de cobertura ou a limitação ao reembolso das despesas médicas suportadas pelo segurado, por se tratar de cláusula considerada abusiva, já que onera demasiadamente o consumidor, colocando-o em desvantagem exagerada, nos termos do artigo 51, inciso IV, c.c. o seu § 1º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL - SEGURO SAÚDE - REEMBOLSO - Autora beneficiária objetiva ressarcimento das despesas com honorários médicos decorrentes cirurgia de urgência a que fora submetida - Ação julgada procedente - Insurgência da ré sob o argumento de existe cláusula e tabela específica dispondo sobre valor de reembolso, que seria limitado - NÃO CABIMENTO. Previsão de reembolso de despesas médicas como a pretendida, mas com informação insuficiente ao consumidor - Restrição de reembolso injustificada, porque a critério exclusivo da seguradora - Cláusula de redação duvidosa, colocando em desvantagem o consumidor - Recusa da seguradora abusiva - Exclusão invocada que contraria a finalidade do contrato e representa abusividade que afronta ao CDC - Flagrante abusividade - Honorários recursais - Mantida a sucumbência da empresa apelante, os honorários são majorados de 10% para 15% sobre o valor da condenação, a teor do disposto no art. 85,§11º, do CPC - Sentença mantida - Recurso não

Acesso ao Sumário

provido. (TJSP; Apelação 1057912-36.2017.8.26.0100; Relator (a): Clara Maria Araújo Xavier; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 16ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/02/2018; Data de Registro: 26/02/2018).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - PLANO DE SAÚDE COLETIVO EMPRESARIAL - COBERTURA DE SESSÕES DE PSICOTERAPIA E REMBOLSO DE DESPESAS - Sentença de procedência reconheceu ser abusiva cláusula limitativa do numero de sessões de terapia necessárias ao tratamento do autor e reembolso correspondente - Insurgência da requerida - NÃO CABIMENTO - Abusividade de clausula que restringe o tratamento indicado pelo médico. Limite de sessões previsto contratualmente serve como garantia mínima. Todavia, no que exceder a garantia mínima de sessões (40), a teor do que ocorre na internação psiquiátrica, observa-se que deverá haver o pagamento da parte em coparticipação, conforme recente entendimento do C.STJ a respeito do limite e reembolso de sessões de terapia - Sentença de procedência mantida - Honorários recursais - Mantida a sucumbência da apelante, necessária a majoração dos honorários advocatícios devidos por ela de R$2.000,00 para R$ 2.200,00, a teor do disposto no art. 85, §11º do CPC - Recurso da ré não provido, com observação (TJSP; Apelação 1065229-22.2016.8.26.0100; Relator (a): Clara Maria Araújo Xavier; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 43ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/02/2018; Data de Registro: 27/02/2018).

Assim, a ré deve reembolsar integralmente as despesas custeadas pelo genitor da autora, relacionadas ao tratamento a que a autora se submete desde o ano de 2015, devendo, inclusive, pagar à autora as diferenças apuradas até a data do ajuizamento da ação, no valor de R$ 5.022,42 (cinco mil vinte e dois reais e quarenta e dois centavos), mais aquelas realizadas no decorrer da ação, a serem oportunamente comprovadas nos autos, com correção monetária desde a data do ajuizamento da ação e juros de mora contados a partir da citação. (...)" **(fls. 158/159)**

Nessa extensão, realmente não há o que reparar.

Deve ser confirmado o direito da parte autora de obter o custeio, pela ré, dos procedimentos terapêuticos informados à inicial e indicados pelos seus médicos assistentes como esforço de terapia multidisciplinar, especialmente fisioterapia motora de reabilitação neurológica por método *bobath*, terapia ocupacional também com método *Bobath*, fonoaudiologia igualmente com método *Bobath*, equoterapia, sendo inadequada e ilícita a limitação de cobertura em número de sessões ou interferência na frequência semanal.

Tem prevalecido o entendimento de que "*[o] plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura. (...) A abusividade da cláusula reside*

Acesso ao Sumário

exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, em razão de cláusula limitativa, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno disponível no momento em que instalada a doença coberta" (STJ, REsp nº 668.216/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, D.J. 02.04.2007).

Compreende-se ser racional e exclusivamente reservada à conduta médica a verificação da procedência e potencialidade de cura dos medicamentos empregados na terapêutica do paciente, independentemente se qualificados como preventivos ou repressivos à patologia.

Compete-lhe, em nome do dever profissional, prescrever o medicamento essencial ao tratamento mais próximo da efetividade e sintonizado com a evolução da técnica e ciência médica, às quais a operadora do plano ou seguro saúde deve evolutiva e legitimamente acompanhar, independentemente de alteração administrativa do rol de procedimentos obrigatórios apontados como cobertura mínima pela ANS.

Cabe ressaltar que a enfermidade evidentemente reúne contornos nítidos e objetivos de caso clínico que requer urgência e emergência em seu tratamento, sendo útil a adoção de todos os meios mandatórios e proporcionais para adequado controle da evolução da moléstia.

Ademais, em razão da falta de impugnação específica e de não se coligir o instrumento particular em específico, deve-se considerar como adequada a tese de que o instrumento contratual abarca cobertura a tratamento da patologia que acomete a parte autora, inexistindo informação robusta e concreta excluindo ou restringindo o procedimento adotado pelo médico, que necessariamente vem a integrar o global esforço de cura ao paciente.

A análise do contrato requer uma interpretação mais favorável ao consumidor (art. 47, CDC). Eventual cláusula conflitante ou demasiadamente onerosa ao consumidor acaba por vulnerá-lo excessivamente e deve ser rejeitada por abusividade e consequente decretação de nulidade.

Acesso ao Sumário

O rol de procedimentos mínimos obrigatórios, exigidos pela lei de regência (artigo 12 da Lei nº 9.656/98, em especial alínea "d" do inciso II), ou o detalhamento de diretrizes de utilização expedida em complemento pela Agência Nacional de Saúde Suplementar para cada tipo de terapêutica inserida nesse rol, constituem elementos que não afastam a admissibilidade de fornecimento da cobertura de terapêutica recomendada expressamente pelo médico responsável e reputada imprescindível ao restabelecimento da saúde do paciente.

Deve ser prestigiada a visão do médico pela aceitação desse tipo de terapêutica (sessões de terapia ocupacional e outras terapias de natureza multidisciplinar) em situações similares de excepcionalidade, devido a não resposta da paciente ao tratamento convencional, constatação de que se extrai

um prévio e rigoroso compromisso científico.

A limitação do número de sessões configura violação à própria função social do contrato, que tem por objeto último a preservação da saúde do paciente. Trata-se de cláusula nula, que afronta tanto o Código de Defesa do Consumidor (artigo 51, inciso IV e parágrafo primeiro, por se tratar de cláusula iníqua, que viola a boa-fé e a justa e legítima expectativa da parte usuária consumidora), quanto a Lei Federal 9.656/98 (artigo 35-G, que trata da aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de assistência médica).

Súmulas deste E. Tribunal, inclusive, repercutem essa linha de entendimento ao afinar que "*havendo expressa indicação médica de exames associados a enfermidade coberta pelo contrato, não prevalece a negativa de cobertura do procedimento*" (Súmula 96) e "*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*" (Súmula 102).

Nessa perspectiva, não se averigua presente ofensa a ato jurídico perfeito, à livre iniciativa, à legalidade ou à particularização dos riscos do segurador com a fixação da obrigação de fornecimento e custeio integral do tratamento indicado à inicial.

A interpretação contratual em análise, feita em consonância com os dispositivos legais aplicáveis, encontra respaldo na observância da finalidade da avença de plano ou seguro saúde, assentada no binômio do efetivo atendimento às necessidades clínicas do paciente e preservação de sua saúde e vida com a gestão equilibrada dos custos incorridos, e no respeito aos princípios de boa-fé objetiva e probidade na formação e execução dos contratos, dentro da legítima expectativa refletida ao consumidor ao celebrar o ajuste.

Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça reforçam essa linha de entendimento, pela abusividade da limitação do número de sessões de tratamento multidisciplinar prescrito a paciente portador de patologia grave, a saber:

> "APELAÇÃO - Plano de Saúde - Obrigação de fazer c/c indenização por danos materiais e morais - Parcial procedência - Sessões de intervenção fonoaudiológica e psicológica através do método de Análise Aplicada do Comportamento (ABA) - Negativa amparada na falta de cobertura pelo rol da ANS - Empresa ré que, ademais, não demonstrou a existência de profissionais credenciados aptos a realizarem o tratamento - Reembolso integral devido - **Limitação do número de sessões - Abusividade da cláusula reconhecida - Aplicação do art. 51, IV e §1º, II, do CDC e da Súmula nº. 102 do TJ/SP** - Dano moral 'in re ipsa' reconhecido - Sofrimento anormal causado pela indevida negativa perpetrada pela requerida - Indenização arbitrada em R$ 10.000,00. Recurso da ré improvido, com provimento do recurso adesivo da autora."

Acesso ao Sumário

(TJSP; Apelação 1016779-48.2016.8.26.0003; Relator (a): Egidio Giacoia; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional III - Jabaquara - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/07/2018; Data de Registro: 25/07/2018)

"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: 17/05/2018)

"PLANO DE SAÚDE - OBRIGAÇÃO DE FAZER - NEGATIVA DE CUSTEIO - Autora portadora de tetraparesia espástica - Indicação médica para realização de fisioterapia (método Therasuit e Bobath), terapia ocupacional, fonoterapia, hidroterapia e equoterapia - Recusa de cobertura sob a justificativa de que os procedimentos solicitados não constam do rol dos procedimentos obrigatórios da ANS - Recusa indevida - Rol que é meramente exemplificativo, não taxativo, servindo apenas como referência básica para operadoras de plano de saúde - Aplicação da Súmula 102 do TJ/SP - Médico que acompanha a paciente é quem define os procedimentos a serem realizados - Limitações que importariam na violação às normas de proteção e defesa do consumidor, por atingir obrigação fundamental da operadora, inerente à natureza do contrato, que é de prestar assistência à saúde - Alegação da ré de que os tratamentos devem ser realizados em estabelecimentos credenciados - Não acolhimento - Não comprovação pela ré de existência de clínicas/hospitais capazes de realizar os tratamentos necessários na região onde reside a menor autora - Reembolso - Cláusula contratual que estabelece critérios limitativos aos valores a serem restituídos - Ausência de informação clara e precisa acerca dos coeficientes para o cálculo -

Acesso ao Sumário

Abusividade evidenciada - Ressarcimento integral devido - **Alegação da ré de que tem a obrigação de custear número limitado de sessões anuais de terapias, nos termos da Resolução Normativa nº 387/2015 - Não acolhimento - Limitação de número de sessões que se revela abusiva, nos termos do art. 51, IV, do CDC - Médico que acompanha o paciente é quem define o período e número sessões de terapias necessárias ao pleno tratamento do paciente, fundamental para sua reabilitação** - Sentença mantida integralmente - Honorários recursais devidos - RECURSO DESPROVIDO."

(TJSP; Apelação 1004159-61.2016.8.26.0663; Relator (a): Angela Lopes; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Votorantim - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/05/2018; Data de Registro: 09/05/2018)

"Apelação Cível. Obrigação de fazer. Plano de Saúde. Autor portador de autismo infantil (CID F-84.0), necessitando de terapia comportamental pelo método ABA, multidisciplinar, mais intensiva e com comprovação científica. Indicação médica do tratamento. Negativa de autorização pela operadora, sob a alegação de não constar do rol de procedimentos da ANS. **Sentença de parcial procedência para condenar a ré a fornecer cobertura do tratamento indicado, sem limite de sessões.** Inconformismo da ré. Ausência de expressa exclusão contratual. Aplicação das Súmulas 96 e 102 deste e. Tribunal de Justiça. O procedimento utilizado para tratamento foi recomendado por médico especialista, devendo, assim, o plano de saúde cobrir as despesas do tratamento do autor. Sentença mantida. Recurso improvido."

(TJSP; Apelação 1049508-85.2016.8.26.0114; Relator (a): Silvério da Silva; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campinas - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/04/2018; Data de Registro: 16/04/2018)

"PLANO DE SAÚDE - Ação de obrigação de fazer visando a cobertura de tratamento terapêutico indicado para pessoa portadora de síndrome de down, conforme prescrição de profissional médico, sem limitação de quantidade - Recurso contra sentença de parcial procedência que determinou o reembolso das despesas efetuadas fora da rede credenciada, sem limitação de quantidade, mas observado o limite do valor de reembolso previsto em contrato - Descabimento - **Direito da parte autora em haver cobertura para o tratamento terapêutico indicado, conforme prescrito pelo profissional responsável, sem limitação do número de sessões - Recusa de cobertura que não se sustém - Observância à boa-fé objetiva que caracteriza as relações contratuais, mormente as de adesão** - Apelo desprovido."

(TJSP; Apelação 1018348-87.2016.8.26.0002; Relator (a): Rui Cascaldi; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 14ª Vara Cível; Data do Julgamento:

Acesso ao Sumário

05/03/2018; Data de Registro: 05/03/2018)

"OBRIGAÇÃO DE FAZER - Plano de assistência à saúde - Autora diagnosticada com transtorno de déficit de atenção e hiperatividade TDAH CID F-90 - Indicação de tratamento psicológico e fonoaudiológico - Ré que limitou a cobertura desses tratamentos - **Limitação (de número de sessões) defendida pela demandada que é abusiva, nos termos dos artigos 47 e 51, § 1º, II, ambos do Código de Defesa do Consumidor, pois prejudica o próprio tratamento coberto por ela mesma, desvirtuando a finalidade do contrato - É vedado à seguradora influir na escolha do momento e melhor forma de tratamento ao paciente, cabendo apenas ao médico essa escolha** - RECURSO NÃO PROVIDO."

(TJSP; Apelação 1012447-19.2015.8.26.0344; Relator (a): Miguel Brandi; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Marília - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 12/01/2018; Data de Registro: 12/01/2018)

"Plano de saúde. Ação de condenação em obrigação de fazer. Autora, menor de tenra idade, acometida de encefalopatia (paralisia cerebral), necessitando de sessões de neurorreabilitação pelo método "Cuevas Medek", fonoaudiologia e terapia ocupacional pelo método "Bobath", conforme indicação médica. Negativa de cobertura das terapêuticas por parte da operadora de saúde, sob a alegação de terem caráter experimental e estarem excluídas do rol de procedimentos obrigatórios da ANS. Incidência do Código de Defesa do Consumidor e da Lei 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde). Arts. 47 e 51, IV, do CDC. Abusividade. Cobertura devida. Súmula nº 102 e precedentes deste Tribunal. **Impossibilidade de limitação do número de sessões das terapêuticas prescritas.** Sentença de procedência confirmada (art. 252 do RITJSP). Apelação desprovida, com observação."

(TJSP; Apelação 1004507-75.2015.8.26.0320; Relator (a): Cesar Ciampolini; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro de Limeira - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/12/2016; Data de Registro: 14/12/2016)

Verificado, pois, o caráter imotivado, abusivo e ilegítimo da recusa de tratamento declinada pela ré, preserva-se sua condenação ao custeio **integral** da terapêutica descrita na sentença, seja por meio de autorização dos reembolsos futuros, seja pela restituição das diferenças impagas até o presente momento discriminadas na petição inicial.

No mesmo sentido da manutenção da sentença na extensão em que favorável aos interesses da parte autora, manifestou-se a Douta Procuradoria Geral de Justiça, ressaltado do seu parecer a seguinte ordem de argumentos:

"(...) A presente ação foi proposta porque a apelante L. é portadora de atraso no desenvolvimento neuropsicomotor e que, desde 2015,

Acesso ao Sumário

realiza fisioterapia, terapia ocupacional, fonoaudiologia e equoterapia, tratamentos que influenciam em seu desenvolvimento mental, intelectual e social.

A necessidade dos referidos tratamentos foi atestada a fls.31/34 e foram apresentadas as custas, juntamente com a negativa do plano de saúde em arcar com o tratamento (fls.35/56).

Foi concedida tutela de urgência em favor da menor (fls.61), não tendo a empresa se desincumbido das obrigações.

A recorrente MEDISERVICE alegou que o reembolso não está incluso na cobertura do plano contratado, sustentando, no mérito, que se estivesse previsto reembolso, haveria um limite e que as cláusulas contratuais são claras quanto às coberturas.

Apesar da recente alteração sumular, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a relação entre os planos de saúde e o paciente é uma relação de consumo, sujeita à aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor.

Atualmente, estão excluídos dessa relação os contratos de plano de saúde administrados por entidades de autogestão, o que não se verifica no presente caso.

Portanto, aplica-se o disposto na primeira parte da Súmula nº 608, do Superior Tribunal de Justiça: Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão .

Como corolário, a escolha do tratamento da doença apresentada pelo consumidor é de incumbência do médico que atende o paciente e não do plano de saúde, que deve oferecer o serviço indicado ou produto indicado na prescrição médica de forma adequada.

Ademais, a existência de previsão expressa no contrato de adesão celebrado pelas partes das condições para obtenção dos tratamentos, bem como da impossibilidade de reembolso, não constitui óbice para o deferimento do tratamento indicado pelo médico, constituindo prática abusiva a negativa de cobertura pelo plano de saúde, de acordo com o artigo 51, do Código de Defesa do Consumidor.

Deve prevalecer o princípio da boa-fé objetiva, não se podendo esperar da prestadora de serviço que haja contra as necessidades de atendimento da consumidora para o tratamento contínuo de sua doença, que, diga-se de passagem, é incurável.

Logo, a tutela emergencial era de rigor, sob pena de risco na demora do provimento judicial. (...).” **(fls. 201/203)**.

No que diz respeito ao pleito recursal da parte autora L., acredito seja o caso de se julgar **providO o recurso**, com a devida licença tanto ao entendimento proferido pela Douta Procuradoria Geral de Justiça, quanto à decisão externada pelo juízo de primeiro grau.

Acesso ao Sumário

A reparação moral envolvendo planos de saúde, objeto de intenso dissenso na jurisprudência, a qual, ao menos na posição que predomina, vem observando a caracterização do dano moral apenas em circunstâncias excepcionais que revelem o infligimento de indisfarçável sofrimento, angústia e aflição às partes prejudicadas.

O defeito na prestação de serviço que enseja o dano moral acabou por se estabelecer na falha do dever de lealdade perante a figura da consumidora, que se encontra em situação grave de saúde, diante do tipo da moléstia de que é portadora e se viu ilicitamente negada de cobertura do plano para se tratar.

Consigne-se que a autora necessita do tratamento para obter melhora em sua saúde. Neste contexto, em situação debilitada, ainda teve de lidar com a negativa da ré à cobertura integral de seu tratamento.

Não exonera a ré o fato de que os reembolsos foram parciais, cerca de 80% do valor efetivamente desembolsado. Trata-se de comportamentos reiterados e sistemáticos, que impedem seja a autora resguardada da legítima expectativa de continuar com o seu tratamento sem sobressaltos.

O dano moral concretiza-se neste encadeamento e gangorra de acontecimentos, na medida em que imputado à parte consumidora o ônus da imprevisibilidade jurídico-contratual, que ultrapassa o limite do aceitável, lançando-a à sorte de interpretações abusivas, sem saber ao certo se seria contemplada com a proteção do plano quando dele necessitasse.

E como já restou bem definido em precedente de lavra do E. Desembargador Galdino Toledo Júnior, tratando de caso análogo, "*ainda que a recusa [de cobertura] viesse, em um primeiro momento, amparada em cláusula contratual o que até então afastava o dever de reparar, é certo que a questão, ao tempo da propositura da lide, já estava plenamente definida pela jurisprudência dos Tribunais, em especial do Superior Tribunal de Justiça, pelo que não era mais lícito à ré abrigar- se em dispositivo sabidamente nulo para negar cobertura, razão pela qual sua conduta, neste caso como em outros semelhantes praticados por planos de saúde, deve ser, agora, entendida como abusiva e apta a gerar dano moral, pelo enorme desconforto, dificuldades e temor pela própria vida acarretados ao consumidor*" (Apelação Cível nº 0050810-49.2012.8.26.0554, julgada em 05.08.2014).

Agora, sobre o arbitramento da indenização.

Segundo orientação assentada no Superior Tribunal de Justiça, "*o* quantum *indenizatório devido a título de danos morais deve assegurar a justa reparação do prejuízo sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, além de levar em conta a capacidade econômica do réu, devendo ser arbitrado pelo juiz de maneira que a composição do dano seja proporcional à ofensa, calcada nos critérios da exemplaridade e da solidariedade*" (REsp nº 1122955,

Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJE 14/10/2009).

Em atenção aos critérios de proporcionalidade, compensação à parte autora quanto ao dano sofrido além da gravidade do comportamento ilícito, os danos morais indenizáveis devem ser mantidos fixados, porque em observância a esses parâmetros, no patamar de **R$ 10.000,00 (dez mil reais)**, no limite requerido na petição inicial, descabida, nesse ponto, a ampliação de tal montante por iniciativa da Turma Julgadora, sob pena de violação do princípio da congruência e da regra que determina a especificação do pedido indenizatório por danos morais para fins de quantificação do valor da causa (artigo 292, V, CPC/15).

Note-se, nesse aspecto, que a parte autora tinha plenas condições de estimar, desde a exordial, qual era o dano por si sofrido e qual seria a quantia compatível à reparação.

É ponderado, nesse cálculo da quantia indenizatória, o agravamento do quadro clínico causado pela conduta da ré, além da angústia intrínseca ao desamparo em momento de intensa atribulação, assim trazendo a compensação ao dano sofrido, nos termos do que preceitua o artigo 944 do Código Civil.

Ademais, o montante indenizatório fixado está em consonância com o que vem sendo decidido pela jurisprudência, até em patamar inferior adotado por esta Colenda Câmara em casos semelhantes.

Tal valor se reflete proporcionalmente arbitrado face às circunstâncias retratadas no caso, não só resguardado o seu efeito de compensar o dano sofrido, mas também de emitir o seu efeito repressivo-pedagógico, observados os claros limites do artigo 884 e 944 do Código Civil.

Sobre o valor da indenização por dano moral, agregam-se correção monetária desde a data do arbitramento (Súmula 362, STJ) e juros de mora, legais, desde a data da citação válida da ré nestes autos, em conformidade com o artigo 240, CPC/15.

Na mesma linha, jurisprudência do C. STJ: "*[n]os termos da jurisprudência desta Corte, nos casos de ilícito contratual, os juros de mora contam a partir da citação, de forma que não há que se falar em sua incidência se a seguradora, ao tomar conhecimento da ação judicial, efetuou o depósito do valor devido adimplindo a sua obrigação contratual.*" (AgRg no Ag 1255206/PB, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 03/04/2014, DJe 14/05/2014).

Agora, analisa-se a questão dos honorários advocatícios de sucumbência.

Diante do provimento recursal da parte autora, fica carreada exclusivamente à parte ré a responsabilidade pelo pagamento das custas e despesas processuais, além das verbas honorárias de sucumbência, aqui redimensionadas em virtude dessa decisão.

Por se tratar de decisão que atrela, num mesmo dispositivo, condenação

Acesso ao Sumário

a obrigação de fazer, de pagar (restituir danos materiais e compensar os danos morais sofridos), de distintas naturezas, cabe aplicar a regra constante do artigo 85, § 8º, CPC/15, que determina a fixação equitativa dos honorários advocatícios de sucumbência nessa particularidade.

Fixam-se, pois, em **R$ 4.000,00 (quatro mil reais)**, observado nesse cômputo o tempo despendido no acompanhamento do processo, proposto no mês de julho de 2017, cerca de um ano até a apreciação neste grau recursal, em somatório à verificação de que os patronos da parte autora instruíram adequadamente o feito ilustrando documentalmente a falta de reembolso integral das sessões de tratamento multidisciplinar recomendado à autora e desenvolveram, com zelo, uma argumentação compatível com o acolhimento da pretensão declaratória de nulidade da cláusula contratual que determina a não cobertura de sessões das terapias sinalizadas na petição inicial. Trata-se, também, de demanda que envolve direitos de relevância constitucional, como a saúde e a vida do usuário do plano de saúde, uma infante, com restrição inequívoca de seu desenvolvimento psicomotor.

Pelo trabalho adicional acarretado com a fase recursal, a título de honorários sucumbenciais recursais, deve ser majorada a fixação dos honorários de 10% para 15% do valor atribuído à causa, a ser paga pela parte ré em favor dos patronos da parte autora, nos termos do artigo 85, §11, CPC/15.

Por tais fundamentos, nega-se provimento ao apelo da ré Mediservice e se dá provimento ao apelo da autora L.

Na hipótese de apresentação de embargos de declaração contra o presente acórdão, ficam as partes intimadas a se manifestar, no prazo de cinco dias úteis, a respeito de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do art. 1º da Resolução nº 549/2011 do Órgão Especial deste E. Tribunal, atualizada pela Resolução nº 772/2017 (DJE 09.08.2017), entendendo-se o silêncio como concordância.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1031987-55.2015.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante UNIMED DE SOROCABA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, são apelados CÉLIA DOS SANTOS (POR SI E REPRESENTANDO MENORES), MARCELO GONÇALVES DOS SANTOS, LUIZ GUILHERME GONÇALVES DOS SANTOS (MENOR) e LUIZ FELIPE GONÇALVES DOS SANTOS (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão:

"Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.300)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCIA DALLA DÉA BARONE (Presidente), ROSANGELA TELLES e JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES.

São Paulo, 12 de setembro de 2018.

MARCIA DALLA DÉA BARONE, Relatora

Ementa: Ação de obrigação de fazer cumulada com reparação de danos e pedido de tutela antecipada - Plano de saúde - Cerceamento de defesa - Não ocorrência - Elementos disponíveis nos autos suficientes para o julgamento da causa - Aplicação do Código de Defesa do Consumidor à hipótese - Recusa de cobertura - Medicamento Obinutuzumabe - Medicamento prescrito para a realização de quimioterapia - Imposição da obrigação - Sentença mantida Recurso não provido. Nega-se provimento ao recurso.

VOTO

Vistos,

Ao relatório de fls. 186/187 acrescento ter a sentença apelada julgado extinto o processo, sem resolução do mérito, em relação ao pleito indenizatório por danos morais, e julgado procedente o pedido remanescente, para condenar a ré a arcar, integralmente, com os custos do tratamento médico de Luiz Gonçalves dos Santos, notadamente com os custos do medicamento Obinutuzumabe. Diante da sucumbência recíproca, cada parte deverá arcar com metade das custas processuais e com os honorários advocatícios da parte contrária, fixados em R$ 1.500,00, para cada patrono.

Foram opostos embargos de declaração pela requerida (fls. 194/196) que foram rejeitados (fls. 204/206).

A requerida oferece recurso de apelo (fls. 208/226) buscando a reforma do julgado, com a inversão das verbas sucumbenciais. Aduz, preliminarmente, o cerceamento do seu direito de defesa. Sustenta que a ação foi ajuizada após o falecimento do senhor Luiz, não sendo mais possível falar no dever de custear o medicamento. Defende a não obrigatoriedade do custeio do medicamento requerido, por tratar-se de medicamento *off label*. Argumenta que a ausência de liberação da ANVISA, caracterizada pela ausência de indicação em bula para

Acesso ao Sumário

seu uso nessa situação caracteriza tratamento experimental. Argui não haver obrigatoriedade contratual no fornecimento do medicamento. Alega ofensa ao principio da isonomia, pois as contraprestações mensais foram calculadas considerando o tipo de prestação de serviço (cobertura) que seria dado, de acordo com as limitações e condições específicas previstas no instrumento. Acrescenta que não pode o recorrido receber pelo que no foi contratado. Prequestiona a matéria.

O recurso foi regularmente processado (fls. 201).

Contrarrazões às fls. 247/256.

Parecer da D. Procuradoria de Justiça às fls. 259/266, pelo não provimento do recurso.

Não houve oposição ao julgamento virtual do presente recurso.

É o relatório.

De início, não se configurou o repudiado cerceamento de defesa, não devendo a r. sentença ser anulada por este motivo.

Ao juiz, na condição de destinatário final das provas, cumpre indeferir as diligências que considerar inúteis ou meramente protelatórias quando avaliar que o acervo probatório é suficiente para firmar seu livre convencimento, nos termos do artigo 130 do Código de Processo Civil.

No caso em tela, o juízo "*a quo*" entendeu por bem julgar a lide no estado em que se encontrava o que, conforme supramencionado, lhe é permitido. A prova documental realizada nos autos se mostra suficiente para a análise do feito e a dilação probatória para a realização de provas, pouco, ou nada, contribuiria para o deslinde da controvérsia, dada a sua natureza.

A parte autora ajuizou a presente ação arguindo que o Sr. Luiz, pai dos autores e já falecido, foi diagnosticado com linfoma linfócito crônico, estágio IV, e necessitou de quimioterapia de urgência, com utilização da medicação Obinutuzumabe, submetendo-se a tal tratamento.

Conforme se infere dos autos, em 09 de outubro de 2015 houve a elaboração de laudo médico, informando que o medicamento deveria ser ministrado com urgência (fls. 71). Em 15 de outubro de 2015 houve a negativa da requerida no fornecimento (fls. 73/74). Assim, em 16 de outubro de 2015 foi apresentada fatura de quimioterapia, no valor de R$ 33.000,00, utilizando o medicamento em questão (fls. 72), adquirido pela parte autora. Contudo em 17 de outubro de 2015 o Sr. Luiz veio a óbito (fls. 13).

Acesso ao Sumário

A requerida argumenta que se recusou a fornecer o medicamento, pois o tratamento era de natureza experimental e o contrato de assistência a saúde exclui a cobertura de tal espécie de tratamento.

Com efeito, o contrato se submete à Lei 9.656/98 bem como ao Código de

Defesa do Consumidor. Ademais, referido entendimento está consolidado mesmo para contratos anteriores à Lei 9.656/98 e ao Código de Defesa do Consumidor no teor da Súmula n. 100 desta E. Corte de Justiça: *O contrato de plano/seguro saúde submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e da Lei n. 9.656/98 ainda que a avença tenha sido celebrada antes da vigência desses diplomas legais.*

Ademais, dispõe a Súmula 469 do E. Superior Tribunal de Justiça, que: "*Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde*".

O contrato firmado pelas partes é de trato contínuo visando à prestação de serviços de assistência à saúde. Havendo previsão de cobertura para a doença que o paciente apresenta, é justa a sua expectativa de cobertura para o tratamento médico que lhe for recomendado. A finalidade do contrato em questão, assim como a aplicação do princípio da boa fé objetiva, com sustento no Artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor e no Artigo 422 do Código Civil permite o reconhecimento de que, havendo a cobertura da doença apresentada pelo paciente, será fornecido o tratamento adequado para a doença apresentada.

Nem mesmo a alegação de desrespeito ao equilíbrio contratual poderia justificar a aplicação da cláusula de exclusão de tratamento adequado à doença cuja cobertura é expressamente prevista. Conforme já ressaltado, ao conceder cobertura à doença, impossível o afastamento da terapia correspondente.

Havendo cobertura para a doença não é possível negar cobertura ao procedimento necessário ao tratamento, cura e prevenção, sendo possível concluir que o equilíbrio financeiro do ajuste firmado pelas partes também estará atendido, pois as contratadas conhecem suas obrigações, não sendo possível, ademais, a ausência de cobertura para as hipóteses de inovação e atualização de procedimentos recomendados ao paciente.

A requerida alega a legitimidade da negativa de fornecimento do tratamento sob a alegação de que referida medicação é "off-label", ou seja, sua indicação não está diretamente relacionada à moléstia que acometia o paciente, adquirindo natureza de uso experimental.

Contudo, a teor da Súmula 102 desta C. Corte Justiça: "*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*".

Pertinente ao caso os seguintes julgados:

1026892-91.2015.8.26.0554

Classe/Assunto: Apelação/Planos de Saúde

Relator(a): Alexandre Marcondes

Comarca: Santo André

Acesso ao Sumário

Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 11/11/2016

Data de publicação: 11/11/2016

Data de registro: 11/11/2016

Ementa: PLANO DE SAÚDE. Ação de obrigação de fazer. Beneficiário de plano de saúde portador de câncer. Rabdomiossarcoma alveolar de retroperitôneo. Negativa de fornecimento dos medicamentos "Trabectedina (Yondelis)" e "Keytudra (Pembrolizumab)" e de custeio do exame de "PET-CT". Inadmissibilidade. Expressa indicação médica. Cobertura contratual da moléstia. Súmulas nº 95 e 102 desta Corte. Medicamentos importados, um deles não registrado na ANVISA. Irrelevância. Mitigação do princípio do pacta sunt servanda. Prevalência do direito à saúde e à vida do paciente. Enunciado nº 23 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Obrigação da ré em custear integralmente o tratamento quimioterápico do autor e o exame prescrito pelo médico, além de ressarcir as despesas com a aquisição dos medicamentos. Ação procedente. Sentença reformada. RECURSO PROVIDO.

1000914-58.2016.8.26.0011

Classe/Assunto: Apelação/Planos de Saúde

Relator(a): A.C.Mathias Coltro

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 22/06/2016

Data de publicação: 27/06/2016

Data de registro: 27/06/2016

Ementa: Plano de Saúde - Ação de Obrigação de Fazer - aplicação do código de defesa do consumidor - Negativa de cobertura de tratamento de quimioterapia com medicação denominada Trabectidina ou Youdellis, sob a alegação de ausência de cobertura contratual - recusa que redundaria na negação da própria finalidade do contrato que é assegurar a continuidade da vida e da saúde, deixando o prestador de serviços de atuar com o cuidado próprio à sua atividade, especialmente em função da natureza a ela correspondente, cautela que tem a ver com a própria dignidade da pessoa humana e o quanto dela resulta, no tocante ao conveniado - relatório médico que indica a necessidade do procedimento - sentença mantida - Apelo desprovido.

Acesso ao Sumário

Assim, em regra, havendo cobertura para a doença apresentada pelo consumidor, mostra-se abusiva a recusa da requerida em fornecer o tratamento adequado ao contratante do plano de saúde.

Dessa forma, não se autoriza que a requerida afaste a cobertura da

medicação prescrita ao paciente pelo médico assistente, sob a alegação de não se encontrar no rol da ANS ou por não estar de acordo com as diretrizes de utilização estabelecidas no rol da ANS. Tampouco se justifica a alegação de que o medicamento não se encontra registrado na ANVISA, vez que é possível constatar que perante aquele órgão houve registro do medicamento em questão.

Anote-se que conforme consulta no site da ANVISA, o registo do medicamento ocorreu em 23 de março de 2015.

Neste sentido, entendimento deste E. Tribunal de Justiça.

1036205-12.2017.8.26.0100 Apelação/Planos de Saúde

Relator(a): Rosangela Telles

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 22/03/2018

Data de publicação: 22/03/2018

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. Paciente que é portadora de mieloma múltiplo. Negativa de cobertura dos medicamentos DARATUMUMAB, REVLIMID e DAXAMETASONA, sob a alegação de tratar-se de medicamento importado não nacionalizado. Inadmissibilidade. Existência de expressa prescrição médica. Aplicação do CDC e da Súmula 95 do TJSP. Registro de nacionalização pela ANVISA, ademais, verificado no curso da demanda. Abusividade reconhecida. RECURSO NÃO PROVIDO (Grifamos).

1000363-57.2016.8.26.0309 Apelação/Planos de Saúde

Relator(a): Viviani Nicolau

Comarca: Jundiaí

Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 27/03/2018

Data de publicação: 27/03/2018

Ementa: "APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. Beneficiário que busca cobertura para tratamento de mieloma múltiplo, com uso do medicamento Revlimid (Lenalidomida). Sentença de procedência. Recurso da ré. Exclusão de cobertura de procedimento, material ou medicamento comprovadamente essencial para garantir a saúde ou a vida do paciente vulnera a finalidade básica do contrato, que é de assistência à saúde. 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. Aplicação da Súmula 102 desta Corte. Medicamento que, ademais, foi registrado pela ANVISA. Manutenção da sentença. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO".(v.27325).

Acesso ao Sumário

Não se trata, portanto, de impor à requerida cobertura ilimitada de

procedimentos, o que somente poderia ser exigido do Poder Público, e sim de exigir cumprimento do ajuste que prevê cobertura para despesas médicas relacionadas à doença da autora.

Assim, havendo prescrição médica acerca do medicamento necessitado, o plano de saúde não pode se recusar a cobri-lo, na medida em que integra o tratamento necessitado por beneficiário do plano de saúde. Ademais, conforme ressaltado, não cabe ao plano discutir a pertinência da prescrição feita pelo médico assistente.

Do mesmo modo, nem mesmo as Resoluções da ANS que têm cunho administrativo, podem servir de justificativa para a pretendida exclusão, não sendo possível, ademais, que a administradora de plano de saúde apresente impugnação quanto à prescrição do médico assistente, que é o responsável pelo tratamento, não cabendo ao plano discutir a pertinência da prescrição feita à paciente.

Com efeito, considerada a primazia do direito à saúde e em observância ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, deve a parte ré arcar integralmente com os custos do tratamento médico do paciente, notadamente com os custos do medicamento Obinutuzumabe. Com efeito, sob esta perspectiva, não se vislumbra contrariedade à legislação penal ou sanitária.

Anote-se que embora a ação tenha sido proposta após o falecimento do paciente, verifica-se que a negativa do medicamento pela parte ré ocorreu durante o período em que o mesmo se encontrava em tratamento da doença que o acometia, sendo o medicamento custeado pela parte autora, ante a gravidade do caso.

Assim, em sede de liquidação de sentença, deve a requerida ressarcir os valores gastos com a aquisição do medicamento para a realização de quimioterapia.

Consideram-se expressa ou implicitamente apreciadas as disposições invocadas pela apelante, sem que se negue vigência a qualquer dispositivo invocado.

Acesso ao Sumário

Assim, a r. sentença apelada não comporta reforma, devendo ser mantida por seus exatos termos, inclusive quanto as verbas de sucumbência.

No tocante aos honorários advocatícios, mantenho os honorários devidos pela parte autora aos patronos do réu em R$ 1.500,00, eis que não se insurgiram contra o julgado. Por sua vez, elevo, em atendimento ao disposto no Artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, os honorários advocatícios devidos pela parte ré ao patrono dos autores para R$ 1.750,00.

Em face do exposto, pelo voto, Nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1127455-63.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JOELITA PEREIRA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33862)**

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

São Paulo, 17 de setembro de 2018.

JAMES SIANO, Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Compromisso de venda e compra. Pretensão de restituição da compromissária compradora, em razão da impossibilidade de aperfeiçoamento do contrato, por ausência de liberação de financiamento. Sentença de parcial procedência para condenar a ré a devolver 90% dos valores pagos. Rejeição do pedido referente à restituição da comissão de corretagem pela prescrição e de compensação por danos morais. Sucumbência recíproca.

Apela a autora sustentando inexistência de prescrição trienal, em razão de protesto e interpelação judicial; apelada deveria comprovar que o nome da apelante estava negativado; telegrama emitido foi recebido por terceiro; ausente prova de que o financiamento foi negado pela CEF e que haveria culpa exclusiva da apelante; juros de mora devem correr da citação na interpelação; e existência de danos morais. Cabimento parcial.

Prescrição. Comissão de corretagem paga em março de 2009. Ação proposta em janeiro de 2016. Superação do prazo prescricional de três anos para pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa. Tese

Acesso ao Sumário

firmada pelo STJ em recurso repetitivo. Prescrição configurada. Inteligência do art. 206; §3º, IV, do CC. Interpelação judicial distribuída em 2014 quando já superado o prazo prescricional.

Obtenção do financiamento imobiliária era de responsabilidade da autora, compromissária compradora. Envio de dois telegramas pela construtora em momentos distintos para o endereço declinado na inicial para que fosse dado andamento ao processo de financiamento. Eventual restrição por pendência financeira não se refere à construtora, mas ao banco mutuante. Telegramas recebidos. Aplicação da teoria da aparência.

Danos morais pelo desfazimento do negócio. Insubsistência.

Juros de mora. Incidência a partir da citação na interpelação judicial. Inteligência do parágrafo único do art. 397 do CC. Recurso parcialmente provido para determinar a incidência dos juros de mora a partir da citação, operada na interpelação judicial.

VOTO

Trata-se de apelação interposta em face da sentença de f. 240/244 e 256, que julgou parcialmente procedente ação de indenização por danos materiais e morais proposta por Joelita Pereira da Silva contra MRV Engenharia e Participações S/A, para condenar a ré a restituir à autora, o equivalente a 90% de R$ 7.276,67, referente à aquisição do imóvel, bem como 90% de R$ 11.060,74, pela aquisição da garagem. Sucumbência recíproca, com verba honorária arbitrada em 10% do valor da condenação, observado em prol da autora o benefício da gratuidade processual.

Acesso ao Sumário

Apela a autora (f. 259/268), sustentando: (i) inocorrente a incidência da prescrição trienal referente à comissão de corretagem; (ii) pagamento realizado em 20.03.2009, mas ocorrência de interrupção da prescrição devido a protesto em 27.02.2012 e, na sequencia, interpelação judicial, tendo sido proferida sentença apenas em 01.04.2015, data em que teria retornado a correr o prazo; (iii) ajuizamento da presente ação em 24.11.2016, quando ainda não havia transcorrido o lapso temporal; (iv) apelada deveria ter comprovado que o nome da autora estava negativado e por isso não seria possível a obtenção do financiamento; (v) telegrama emitido pela apelada não foi sequer recebido pela apelante; (vi) supostas negativações teriam sido observadas em 08.09.2010, mas

o telegrama para regularização foi enviado em 08.09.2011; (vii) inexiste prova de que o financiamento foi negado pela CEF e não haveria "culpa exclusiva" pela rescisão, porque a apelante vinha pagando as parcelas; (ix) juros de mora devem correr desde a citação ocorrida na interpelação; (x) existência de danos morais indenizáveis.

Recurso respondido (f. 272/286).

É o relatório.

O apelo procede parcialmente.

O serviço de corretagem foi pago em 20.03.2009 (f. 42), enquanto a presente ação foi proposta em 2016, de modo que se afigura prescrita a pretensão de restituição, porquanto incidente a prescrição trienal estabelecida para o pedido de ressarcimento de enriquecimento sem causa, nos termos do art. 206, § 3º, IV, do CC.

Nesse sentido é a orientação do STJ ao firmar tese quando do julgamento de recurso repetitivo:

> *RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS EM ESTANDE DE VENDAS. CORRETAGEM. SERVIÇO DE ASSESSORIA TÉCNICO-IMOBILIÁRIA (SATI). CLÁUSULA DE TRANSFERÊNCIA DA OBRIGAÇÃO AO CONSUMIDOR. PRESCRIÇÃO TRIENAL DA PRETENSÃO. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. 1. TESE PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015:*
>
> *1.1. Incidência da prescrição trienal sobre a pretensão de restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem ou de serviço de assistência técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere (art. 206, § 3º, IV, CC).*
>
> *1.2. Aplicação do precedente da Segunda Seção no julgamento do Recurso Especial n. 1.360.969/RS, concluído na sessão de 10/08/2016, versando acerca de situação análoga. 2. CASO CONCRETO: 2.1. Reconhecimento do implemento da prescrição trienal, tendo sido a demanda proposta mais de três anos depois da celebração do contrato.*
>
> *2.2. Prejudicadas as demais alegações constantes do recurso especial. 3. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (REsp 1551956/SP, Segunda Seção, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, j. 24.08.2016).*

Cabe salientar que a mera reclamação administrativa, por meio do Procon, realizada em janeiro de 2012 (f. 46/48), não tem o condão de interromper o transcurso do prazo prescricional. Não representa protesto de natureza judicial, tampouco cambial.

Acesso ao Sumário

Quando da interpelação judicial distribuída em 2014 já havia decorrido o lapso da prescrição (f. 61/64).

Inocorrente qualquer uma das hipóteses previstas no art. 202 do CC.

O compromisso foi subscrito em março de 2009 (f. 193/195). A compromissária compradora, ora autora-apelante, não comprovou a obtenção do financiamento ou a possibilidade de contratá-lo até o período em que se daria a entrega das chaves, ou seja, em maio de 2011.

Competia à apelante obter o financiamento e "*comparecer quando convocada, pela promitente vendedora, seja na agência da CEF escolhida ou em qualquer localização por ela determinada*" (cláusula 6, f. 194).

Foi enviado um primeiro telegrama para a autora em 25.10.2010, recebido em 26.10.2010 (f. 73) e outro remetido em 08.09.2011, entregue em 09.11.2011, concedendo um prazo de 48 para que a autora tomasse as providências necessárias para dar andamento ao processo de financiamento (f. 212/213).

Impende observar que os telegramas foram enviados para o endereço da autora declinado no contrato e lá foram recebidos. Pela aplicação da teoria da aparência é de se considerar válida a tentativa de comunicação.

Aliás, era de se esperar que durante eventual demora da construtora, a autora buscasse finalizar o contrato de aquisição ou reclamasse para que fossem enviados os documentos necessários para realização do financiamento. No entanto, apenas em 2012 a autora se manifestou por meio do Procon, quando já superado inclusive o prazo sugerido no contrato para entrega do imóvel.

Eventual existência de pendência financeira que impossibilitasse a concretização do financiamento não diz respeito à ré, questão que deveria ser dirimida pela autora no tempo oportuno.

Todavia, não se vislumbra conduta omissiva da ré, que encaminhou dois telegramas para instar a atuação contratual da autora, porém esta se manteve inerte, notadamente, deixando de providenciar a contratação do financiamento imobiliário.

Acesso ao Sumário

Ausente culpa da construtora, razão por que inexiste justificativa para impor compensação por dano moral.

Salienta-se, de todo modo, que a mera frustração gerada pela desinteligência entre as partes, bem como as controvérsias oriundas da relação contratual, não autorizam o pedido indenizatório a título de danos morais.

O sofrimento psicológico que dá margem ao ressarcimento extrapatrimonial, como forma de lenitivo à dor moral, só pode ser aquele pela qual sua presença causa aflição extraordinária à vida da vítima, circunstância não vislumbrada na hipótese em apreço.

Isso porque, a questão não causou empecilho à vida da autora, que não

pudesse ser superado por mera pretensão de ressarcimento.

Antes do ajuizamento da lide o sonho da casa própria já estava desfeito e a controvérsia se resumia aos efeitos da rescisão (f. 61/64).

Nem toda angústia decorrente da conduta da parte contrária sugere reparação imaterial na órbita jurídica, até porque, embora desagradável, faz parte do cotidiano de quem se propõe a realizar contratos, inserindo-se na condição de risco previsível e mesmo habitual, sem particularidade capaz de extravasar tal circunstância.

Preleciona Sérgio Cavalieri Filho na obra "Programa de Responsabilidade Civil", 2ª edição, Ed. Malheiros, 1999:

> "*..só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia, desequilíbrio em seu bem- estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos ...*".
>
> Nesse sentido, precedente do STJ:
>
> *O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige.* ***(Resp 599538/MA, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, j. 04.03.04)***.

Todavia, assiste razão à apelante no que tange à necessidade de que os juros de mora corram da citação na interpelação judicial, por força do parágrafo único do art. 397 do CC[1].

Ante o exposto, **dá-se parcial provimento** ao recurso, para que os juros de mora incidam a partir da citação operada na interpelação judicial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1060078-05.2016.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que são apelantes/

1 Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor. (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)
Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial.

Acesso ao Sumário

apelados EMAIS URBANISMO MIRASSOL 126 SPE LTDA. e MAISPARQUE MIRASSOL 126 SPE LTDA., é apelado/apelante HEBERT DE QUEIROZ MOURA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso do autor e negaram ao das rés, nos termos consignados no acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20603)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVÉRIO DA SILVA (Presidente) e THEODURETO CAMARGO.

São Paulo, 24 de setembro de 2018.

PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO, Relator

Ementa: Apelação. Compromisso de venda e compra. Ação de rescisão contratual c.c. restituição de quantias pagas. Sentença de parcial procedência. Aplicabilidade do CDC. Possibilidade do comprador inadimplente pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas. Arras confirmatórias que devem ser restituídas ao comprador. Cobrança da comissão de corretagem não informada devidamente ao comprador, sem destaque do seu valor na discriminação do preço. Comissão de corretagem integra a base de cálculo. Devolução de 80% das parcelas pagas. Correção monetária a partir do desembolso. Incidência dos juros de mora a partir do trânsito em julgado. Sentença reformada nesse tópico. Recurso do autor parcialmente provido e das rés improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Apelação e recurso adesivo interpostos contra a sentença de fls. 178/184, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente a ação de rescisão contratual cumulada com restituição de quantias pagas, movida por Hebert de Queiroz Moura em face de Emais Urbanismo Mirassol 126 Spe Ltda. e outro, para o fim de declarar a rescisão do negócio e condenar a ré a restituir 80% dos valores comprovadamente pagos na aquisição de imóvel, com atualização desde cada desembolso e juros de mora a contar do trânsito em julgado.

Ambas as partes pleiteiam a reforma da sentença pelas razões de fls. 187/206 (rés) e 219/233 (autor).

Recursos tempestivos, recebidos e respondidos (fls. 234/245 e 249/272).

É o relatório.

Pedido de justiça gratuita pelo autor

O autor recorrente formulou pedido de concessão de justiça gratuita nos termos do art. 99, §3º, do CPC, vale dizer, mediante simples declaração formal de pobreza do próprio beneficiário, que goza de presunção de veracidade (art.374, IV do CPC).

Sempre se filiou esta relatoria ao entendimento de que a mera declaração de pobreza é suficiente para a concessão do benefício da gratuidade de justiça. O CPC/2015 presume verdadeira a alegação de insuficiência deduzida por pessoa natural (art. 99, § 3º).

Para a obtenção da Justiça Gratuita "*basta a declaração feita pelo próprio interessado, de que a sua situação econômica não permite vir a juízo sem prejuízo da sua manutenção ou de sua família. Essa norma infraconstitucional põe-se, ademais, dentro do espírito da Constituição, que deseja que seja facilitado o acesso de todos à Justiça (CF, art. 5º, XXXV)*" (RTJ 163/416; RREE nºs 205.746 e 206.958-RS, 1ª Turma, Rel. Min. MOREIRA ALVES).

Não se deve olvidar que, se vier a ser apurado o contrário e elidida tal presunção, o beneficiário do favor incorrerá na grave pena de pagar o décuplo de multa (art. 100, parágrafo único do CPC).

A jurisprudência dominante (RT 708/88, 716/169, 740/233 (STF), várias vezes sufragada nesta Câmara, é no sentido da concessão do benefício, merecendo reprodução voto do eminente Des. LUIZ AMBRA, cujos fundamentos ficam integralmente adotados nesta decisão:

"*A privação de recursos pode ser temporária, nessa linha já se deferiu a assistência até a proprietário de apartamento de cobertura no Litoral, em dificuldades financeiras. Quer dizer (STJ, 4ª T., REsp 168.618-SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. 8.9.98, DJU 9.11.98): 'o simples fato de ser o autor proprietário de um apartamento de cobertura no litoral não constitui motivo bastante para a revogação do benefício. Vencimentos líquidos por ele percebidos que permitem o enquadramento na situação prevista no art. 2º, § único, da lei 1060, de 5.2.50'.*" (Agravo de Instrumento nº 0301827-90.2011.8.26.0000, j. 29.02.2012, v.u.).

E, mais: "*A presunção de pobreza decorrente da simples alegação de miserabilidade do interessado não pode ser afastada por indício decorrente de sua profissão: JTJ 235/112, Bol. AASP 2.444/3.681*"

"*É irrelevante que tenha propriedade imóvel (RJTJESP 101/276), desde que não produza renda que permita pagar as custas e honorários do advogado (JTA 118/406)*"

Acesso ao Sumário

"*Se a parte indicou advogado, nem por isso deixa de ter direito à assistência judiciária (RT 700/119; JTJ 320/89: AI 7.169.718-0; 325/137; AI 489.338.4/4-00), não sendo obrigada, para gozar dos benefícios desta, a recorrer aos serviços da Defensoria Pública (STJ - Bol. AASP 1.703/205, JTJ 301/383)*".

Ademais, o ônus da prova de que o requerente da assistência judiciária está em condições de pagar as despesas do processo é da parte contrária porque seria exigir prova negativa imputá-lo ao requerente do benefício; cumpre ao impugnante provar a existência das condições do requerente, nos termos dos artigos 99, §4º e 100, do CPC.

Assim: *"Para a pessoa física, basta o requerimento formulado junto à exordial, ocasião em que a negativa do benefício fica condicionada à comprovação de a assertiva não corresponder à verdade, mediante provocação do réu. Nesta hipótese, o ônus é da parte contrária provar que a pessoa física não se encontra em estado de miserabilidade jurídica (STJ - Corte Especial, ED no REsp 388.045, Min. Gilson Dipp, j. 1.8.03, DJU)*.

Logo, defiro ao autor recorrente os benefícios da justiça gratuita.

Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor

Inicialmente, ressalta-se a necessidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso, eis que a natureza do negócio jurídico celebrado entre as partes é de compromisso de compra e venda no qual o vendedor constitui sociedade com o objetivo de comercializar imóvel e o comprador o adquire como destinatário final, nos termos dos artigos 2º e 3º, do CDC.

Rescisão contratual e devolução de parte dos valores pagos

Depreende-se dos autos que o autor desistiu do negócio entabulado entre as partes (compromisso de venda e compra de imóvel) e rescindiu o contrato.

Cumpre observar que esta C. Corte consolidou o entendimento no sentido de que rescindido o contrato, ainda que por incapacidade econômica dos compradores, as partes devem ser imediatamente restituídas ao estado anterior, evitando-se o enriquecimento sem causa e afronta aos artigos 51, inciso IV, § 1º e 53 do Código de Defesa do Consumidor.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, as Súmulas n. 1 e 3, do TJSP:

Súmula n. 1: *O Compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem.*

Súmula n. 3: *Reconhecido que o compromissário comprador tem direito à devolução das parcelas pagas por conta do preço, as partes deverão*

ser repostas ao estado anterior, independentemente de reconvenção.

Ressalte-se que a vendedora poderá alienar novamente o imóvel em preço superior, haja vista o transcurso do tempo em período de alta valorização do mercado imobiliário, ressalvados os casos excepcionais.

Observa-se da leitura do contrato celebrado entre as partes que a cláusula 2.6 (fl. 25) é abusiva, eis que estabelece a devolução das parcelas em percentual desproporcional, nos termos dos artigos 51, inciso IV, § 1º e 53 do Código de Defesa do Consumidor.

Observa-se, também, que o contrato previu a hipótese arras confirmatórias, caracterizando princípio de pagamento, marcando o início da execução do contrato.

O item que fala do preço e condições do pagamento no quadro resumo prevê expressamente que o pagamento no valor de R$ 2.891,93 seria pago a título de sinal e princípio de pagamento (fl. 18), portanto, não pode ser interpretado como o sinal ou arras.

O fato de a parcela inicial ter sido intitulada "sinal" não é suficiente para caracterizar a referida natureza jurídica, muito menos gerar os efeitos do instituto.

Nesse sentido, confira-se trecho do julgamento da apelação nº 0163580-23.2011.8.26.0100, de relatoria do Exmo. Des. FRANCISCO LOUREIRO: "*Definem-se arras, ou sinal, na lição de Sílvio Rodrigues, que escreveu preciosa monografia sobre o instituto, como 'importância em dinheiro ou outra coisa dada por um contratante ao outro, por ocasião da conclusão do contrato, com o escopo de firmar a presunção de acordo final e tornar obrigatório o ajuste; ou ainda, excepcionalmente, com o propósito de assegurar, para cada um dos contraentes, o direito de arrependimento' (Sílvio Rodrigues, Direito Civil. Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade, 23ª. Edição Saraiva, p. 83). Convém notar, porém, que os termos sinal e arras não são necessariamente sinônimos. Isso porque, na precisa lição de Jorge César Ferreira da Silva, 'a entrega de um sinal de uma parte à outra em razão de uma vinculação obrigacional pode realizar diversas funções, conforme ajustarem as partes' (Inadimplemento das Obrigações, Coleção Biblioteca de Direito Civil, diversos autores coordenados por Miguel Reale e Judith Martins Costa, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2.007, p. 291/292). Doutrina clássica já admitia as arras meramente confirmatórias, apenas dadas como prova simbólica da conclusão do contrato, desprovida de outros efeitos, das arras efetivamente confirmatórias, dadas como antecipada liquidação dos danos (J.M. CARVALHO SANTOS, CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO INTERPRETADO, Volume XV, Editora Freitas Bastos, 12ª edição, págs. 266 e seguintes) A entrega do sinal, assim, deve ser acompanhada de negócio arral, para produzir os efeitos previstos em*

Acesso ao Sumário

lei. Tenho para mim que o sinal não tem a natureza jurídica de arras, o que, de resto, se mostra irrelevante, diante da necessidade de conduzir as partes ao estado anterior, como decorrência automática da resolução" (j. em 14.03.13).

Não há qualquer outro elemento que indique que a 1ª parcela do contrato foi paga a título de garantia da contratação, ou seja, como sinal ou arras da avença. O instrumento particular de compromisso de compra e venda apenas destaca que o valor foi pago e recebido no ato da transação.

Desfeito o negócio, incabível a retenção das arras confirmatórias pela vendedora. Ressalte-se que a compradora sequer chegou a tomar posse do imóvel. Nesse sentido: *O arrependimento do promitente comprador só importa em perda do sinal se as arras forem penitenciais, não se estendendo às arras confirmatórias* (STJ, T3 - Terceira Turma - AgRg no Ag 717840/MG, rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA, J. 21/10/2009). Assim, incabível a retenção de todo o valor pago a título de sinal.

Assim, para a restituição das partes ao *statu quo ante* é de rigor a devolução do valor pago a título de "sinal e princípio de pagamento".

No que diz respeito à comissão de corretagem, devida a restituição de tal verba.

De acordo com os ensinamentos de LUIZ ANTONIO RIZZATO NUNES: '*Como a oferta e colocação de produtos e serviços no mercado pressupõe, em larga medida, a participação de mais de um fornecedor, a legislação consumerista estipulou que todos os que participaram, direta ou indiretamente, da produção, oferta, distribuição, venda, etc. do produto e do serviço respondem pelos danos causados ao consumidor*' (Comentários ao Cód. Defesa Consumidor, art. 25, n°3, Ed. 2000, Saraiva).

A comissão de corretagem, usualmente deve ser custeada pela alienante, porém essa responsabilidade pode ser atribuída ao comprador, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem. Para tanto, as informações devem ser claras, suficientes e precisas quanto às condições do negócio, principalmente de forma discriminada, de todos os encargos a incidir sobre a transação que seriam de responsabilidade dos compradores (art. 6º, III, do CDC).

O Código de Defesa do Consumidor estabelece que as cláusulas contratuais devem ser redigidas de forma clara e precisa à luz dos princípios da boa-fé e da equidade, a fim de facilitar a exata compreensão de seus termos pelo consumidor, nos termos dos artigos 46 e 47, do CDC.

Todavia, no caso em questão, as informações não foram claras, suficientes e precisas das condições do negócio, principalmente de forma discriminada, de todos os encargos a incidir sobre a transação que seriam de responsabilidade dos compradores, havendo apenas menção genérica de responsabilidade, sem

Acesso ao Sumário

informação quanto ao valor e a quem seria destinada.

O contrato, portanto, viola os artigos 6º, II e III, 30, 31, 39, I, 46 e 47, todos do Código de Defesa do Consumidor.

O C. Superior Tribunal de Justiça sedimentou jurisprudência a respeito desta questão, no julgamento dos Recursos Especiais Repetitivos n. 1.551.951-SP e 1.599.511-SP. Confira-se:

> **REsp n. 1.551.951-SP** - *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 INCORPORADORA. 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 de 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-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). 2.4. Improcedência do pedido de restituição da comissão de corretagem e procedência do pedido de restituição da SATI. 3. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, EM PARTE.* (Segunda Seção, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, j. 24/08/2016)

> **REsp n. 1.599.511-SP** - *RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. 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*

Acesso ao Sumário

(SATI). ABUSIVIDADE DA COBRANÇA. I - TESE PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015: 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 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. 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 da transferência desse encargo ao consumidor. Aplicação da tese 1.1. 2.2. Abusividade da cobrança por serviço de assessoria imobiliária, mantendo-se a procedência do pedido de restituição. Aplicação da tese 1.2. III - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. (Segunda Seção, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, j. 24/08/2016)

Feitas tais considerações, se mantem o percentual de devolução fixado na r. sentença de 80% das parcelas pagas, com atualização monetária a partir de cada desembolso, uma vez que a correção monetária corresponde a mera atualização da moeda em face do efeito inflacionário.

Quanto aos juros, as vendedoras não deram causa ao desfazimento do negócio jurídico. Ao contrário, foi o comprador quem postulou a resolução do contrato ao argumento da impossibilidade de continuar arcando com o pagamento das parcelas devidas.

Assim, de acordo com o art. 394 do Código Civil, "*considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou convenção estabelecer*".

Portanto, nesse caso, os juros de mora incidirão a partir do trânsito em julgado da demanda.

A propósito, confira-se julgado do C. Superior Tribunal de Justiça:

Recurso Especial 1008610/RJ "*CIVIL E PROCESSUAL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESOLUÇÃO UNILATERAL PELO PROMITENTE-COMPRADOR INJUSTIFICADAMENTE. PARCELA A SER RESTITUÍDA. JUROS MORATÓRIOS. TERMO DE FLUIÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. I. Na hipótese de resolução contratual do compromisso de compra e venda por simples desistência dos adquirentes, em que postulada, pelos autores, a restituição das parcelas pagas de forma diversa da cláusula penal convencionada, os juros moratórios sobre as mesmas serão computados a partir do trânsito*

Acesso ao Sumário

em julgado da decisão. II. Inexistência de mora anterior da ré. III. Recurso especial conhecido e provido." (Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, julgado em 26/03/2008)

Desse último julgado, extraem-se relevantes considerações que se aplicam ao caso em debate: "*A recorrente não deu nenhuma causa ao desfazimento do negócio jurídico entabulado entre as partes. Pelo contrário, os recorridos é que postularam a resolução da avença, porque 'impossibilitados de arcarem com o custo das prestações por motivos indiferentes ao presente recurso' (fl. 60), segundo argumentam, em contra-razões ao recurso especial. [...] Aqui, entretanto, entendo que ainda não se verifica mora dos promitente-vendedores, porquanto não requereram os autores a restituição do que foi pago de acordo com a cláusula contratual avençada, mas que 'a resilição contratual efetivada no início das obras deve comportar uma retenção no montante de 10% do valor pago*'".

Ainda há outro julgado nesse mesmo sentido:

AgRg nos EDcl no REsp 1354293/SP

"*AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGO DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESCISÃO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. VIOLAÇÃO DO ART. 396 DO CC. TERMO INICIAL DOS JUROS. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO. PRECEDENTES. 1. A Segunda Seção deste Tribunal Superior sufragou o entendimento de que, 'na hipótese de resolução contratual do compromisso de compra e venda por simples desistência dos adquirentes, em que postulada, pelos autores, a restituição das parcelas pagas de forma diversa da cláusula penal convencionada, os juros moratórios sobre as mesmas serão computados a partir do trânsito em julgado da decisão' (REsp 1.008.610/RJ, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJe 03.09.2008) 2. Não apresentação pela parte agravante de argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada. 3. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*" (Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, julgado em 04/09/2014).

Nesse sentido também já decidiu este E. Tribunal:

Apelação 1003117-78.2016.8.26.0306

"*COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA DE BEM IMÓVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C.C. RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS. 1. Desistência do contrato. Configurada culpa do comprador pelo prematuro desfazimento da avença. Necessária despactuação, ainda presentes as cláusulas de irrevogabilidade e irretratabilidade (Súmula nº 01, TJSP). Desinteresse pela preservação do ajuste que importa, na prática, em descumprimento da avença, pelo adquirente, incutindo- lhes*

Acesso ao Sumário

os efeitos do inadimplemento contratual. Resolução do pactuado por reconhecimento do ilícito assumido, na petição inicial, pelo proponente. Inteligência, na espécie, do disposto no art. 475 do Código Civil. Precedentes. Abusividade da cláusula contratual que fixa os percentuais de retenção em favor da vendedora. Retenção estabelecida em 15% dos valores solvidos, com devolução atualizada do montante restante. Manutenção. 2. Retenção das arras. Impossibilidade. Alinhamento da matéria à jurisprudência do C. STJ, que determina: 'O percentual a ser devolvido tem como base de cálculo todo o montante vertido pelo promitente-comprador, nele se incluindo as parcelas propriamente ditas e as arras' (REsp 1056704/MA, Rel. Min. Massami Uyeda). 3. Comissão de corretagem. Ausência de clareza na cobrança. Verba cobrada a título de arras ou sinal pela própria vendedora, integrando o preço do imóvel. Integração da verba à base de cálculo do valor a ser devolvido. 4. Restituição parcelada dos valores. Inadmissibilidade, segundo a Súmula n. 02 deste Tribunal e o posicionamento da Corte Superior: É abusiva a disposição contratual que estabelece, em caso de resolução do contrato de compromisso de compra e venda de imóvel pelo comprador, a restituição dos valores pagos de forma parcelada' (AgRg no AREsp 807880/DF, Rel. Min. Raul Araújo). 5. Juros moratórios. Mora, em caso de alteração do pactuado, configurada a partir do trânsito em julgado. Precedentes. Apelo provido neste tópico. 6. Incidência de correção monetária sobre a soma. Acréscimo devido a contar de cada pagamento, e não da citação (ou trânsito em julgado). Precedentes. Medida que permite, exclusivamente, a recomposição da perda inflacionária da moeda, sem nenhuma particularidade com a mora. 7. Honorários advocatícios fixados pela sentença no percentual mínimo, não comportando redução. Decaimento mínimo do pedido do autor que impõe a condenação da ré ao pagamento dos honorários de sucumbência, observando-se, ainda, o princípio da causalidade. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Rel. DONEGÁ MORANDINI, Julg. em 20/10/2017).

Por fim, inadmissível a devolução parcelada dos valores, requerimento que contraria o enunciado pela Súmula n. 02 deste Tribunal: "*A devolução das quantias pagas em contrato de compromisso de compra e venda de imóvel deve ser feita de uma só vez, não se sujeitando à forma de parcelamento prevista para a aquisição.*"

O Colendo Superior Tribunal de Justiça tem prestigiado este entendimento ao julgar o AgRg no AREsp 807.880/DF, de relatoria do Ministro RAUL ARAÚJO, julgado em 19/04/2016, assim ementado:

"*AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E*

Acesso ao Sumário

VENDA DE IMÓVEL. RESOLUÇÃO. RETENÇÃO. PERCENTUAL DE 10%. RAZOABILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL SUPERIOR. SÚMULA 83 DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte de Justiça, nas hipóteses de rescisão de contrato de promessa de compra e venda de imóvel por inadimplemento do comprador, tem admitido a flutuação do percentual de retenção pelo vendedor entre 10% e 25% do total da quantia paga. 2. Em se tratando de resolução pelo comprador de promessa de compra e venda de imóvel em construção, ainda não entregue no momento da formalização do distrato, bem como em se tratando de comprador adimplente ao longo de toda a vigência do contrato, entende-se razoável o percentual de 10% a título de retenção pela construtora dos valores pagos, não se distanciando do admitido por esta Corte Superior. 3. É abusiva a disposição contratual que estabelece, em caso de resolução do contrato de compromisso de compra e venda de imóvel pelo comprador, a restituição dos valores pagos de forma parcelada. 4. Agravo interno não provido."

Sucumbência

A obrigação de o sucumbente pagar os honorários advocatícios ao vencedor decorre do princípio da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa ao ajuizamento da demanda deve responder pelas verbas de sucumbência. No caso dos autos, quem deu causa à propositura desta ação foram as vendedoras.

Nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, citada por THEOTONIO NEGRÃO e JOSÉ ROBERTO F. GOUVÊA em nota 6 ao art. 85, do CPC: "*Os ônus sucumbenciais subordinam-se ao princípio da causalidade: devem ser suportados por quem deu causa à instauração do processo*" *(STJ- 1ª Turma, REsp 664.475, Min. Teori Zavascki, j. 03.05.05, DJU 16.5.05)*" (Novo Código de Processo Civil, Edição Especial 2017, Saraiva: p. 122).

Dessa forma, instalada a controvérsia, e tendo o autor decaído de parte mínima do pedido, incumbe aos réus o pagamento integral das verbas de sucumbência.

Em resumo, acolhe-se em parte o recurso do autor para que a comissão de corretagem integre a base de cálculo do valor a ser restituído, bem como que as rés arquem integralmente com as verbas de sucumbência, mantendo no mais a r. sentença.

Ante o exposto, meu voto dá parcial provimento ao recurso do autor e nega provimento ao recurso das rés, nos termos acima consignados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0187600-83.2008.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JOSÉ ANTÔNIO CORRÊA GALVÃO (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL LTDA., ANTONIO FLÁVIO YUNES SALLES e SOCIEDADE ASSISTENCIAL BANDEIRANTES.

ACORDAM, em 10ª 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 29.359)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI (Presidente), J.B. PAULA LIMA E ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 25 de setembro de 2018.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Emenda: RESPONSABILIDADE CIVIL - Erro médico - Autor portador de "hérnia discal em coluna cervical - vértebras c3, c4 e c5 - com compressão medular", encaminhado para cirurgia reparadora para colocação de três placas na vértebra, além dos dispositivos intersomáticos (cages), por via da parte anterior do pescoço - Paciente, no entanto, que teve o esôfago (na primeira cirurgia) e pulmão (após outra) perfurados - Agravamento das sequelas neurológicas - Apuração de necessidade de retirada das placas, para instalá-las com acesso pela parte posterior da coluna em nova cirurgia - Perícia médica afirmativa de não ter sucedido erro médico no procedimento cirúrgico, porque escolhido e realizado de forma adequada ao tratamento - Conclusão que poderia levar a não reconhecer responsabilidade médica.

CONSENTIMENTO INFORMADO - Ausência - Autor que nega ter sido informado a respeito das possíveis sequelas decorrentes da cirurgia, e afirma que, tivesse conhecimento, não teria se submetido ao ato - Perito Judicial cujo laudo é afirmativo de que "houve complicações graves da cirurgia, todas relatadas na literatura médica. As sequelas atuais são consequentes à própria doença anteriormente

Acesso ao Sumário

apresentada pelo autor, pioradas pela complicação cirúrgica, que implicou em manipulação da coluna vertebral, necessidade de fixação da mesma e comprometimento nervoso" - Assertiva do médico cirurgião de cuidar-se de risco inerente à cirurgia e que o autor tinha conhecimento, tendo assinado o termo de consentimento informado - Insuficiência do termo, no entanto - Termo genérico, inespecífico, geral, abrangendo tudo e ao mesmo tempo a nada alude especificamente, minimamente, como à natureza e à extensão do ato a que o paciente iria se submeter e as consequências próprias da colocação de placas e cages (tal a imobilização da coluna no segmento a ser operado) - Termo que não refere a possibilidade de, em vez de minorar as consequências das lesões colunares, o procedimento vir a levar a lesões de outra natureza, como a perfuração do esôfago e do pulmão, no próprio ato cirúrgico ou como consectário dele - Probabilidade de ocorrência de eventos outros que podia e devia ser indicada com clareza - Sequela consistente em limitação permanente, decorrente de complicações do ato cirúrgico - Responsabilidade dos réus pelo sofrimento imposto, a que o autor não se submeteria (disse), fosse informado - Atos e danos comprovados, nexo causal configurado - Indenização devida - Responsabilidade solidária dos corréus (médico, hospital e plano de saúde) pela reparação - Sentença que julga improcedente a ação, reformada para acolher o pedido inicial.

DANO MORAL - Reparação - Indenização por dano moral que deve reparar (ou compensar, conforme seja o ponto de vista) o sofrimento padecido pela vítima - Valor que deve atender aos critérios de proporcionalidade e de razoabilidade, consideradas as peculiaridades do caso concreto, a natureza, a gravidade dos fatos e suas consequências, e a condição das partes - Sentença reformada para impor aos réus o pagamento de indenização por danos morais fixada em R$ 200.000,00, corrigíveis da data deste julgamento.

PENSÃO MENSAL - Prejuízo reconhecido - Autor

Acesso ao Sumário

que antes do procedimento cirúrgico lecionava em escola pública como professor contratado, auferindo ganhos de R$ 1.100,00, em média - Comprovação - Pensão vitalícia devida, em razão do agravamento do seu estado de saúde e das sequelas irreversíveis - Correção e juros na forma do acórdão.

Apelação provida.

VOTO

A r. sentença de fls. 1557/1565 julgou improcedente ação de reparação de danos decorrentes de erro médico. Em razão da sucumbência, condenou o autor no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$ 15.000,00, divididos igualmente entre as três defesas, exonerando o autor ante a justiça gratuita.

Apela o autor (fls. 1576/1586). Alega: **a)** o laudo pericial afastou o erro médico, porém, ao mesmo tempo confirmou suas drásticas consequências; **b)** não só a ocorrência do erro médico gera o dever de indenizar, mas também os atos ilícitos, conforme dispõe claramente o art. 187 do Código Civil; **c)** os apelados descumpriram as normas de ordem pública do CDC, vez que o apelante não recebeu correta informação sobre o mal que o afligia, sobre a drasticidade do tratamento a que seria submetido e que poderia restar infrutífero; **d)** todas as sequelas sofridas já haviam sido apontadas pelos médicos que o atenderam após a malsucedida cirurgia, como consta dos documentos acostados na inicial; **e)** sendo o apelado, como ele mesmo afirma, médico de grande conhecimento na área, tinha perfeitas condições de analisar o caso e não indicar uma cirurgia fadada ao insucesso, ou, ao menos realizá-la com um pouco mais de diligência.

Requer o provimento do recurso para reformar a sentença, a fim de que seja julgado totalmente procedente o pedido inicial.

Contrarrazões dos apelados Amil e Antônio Flávio Yunes Salles às fls. 1591/1595 e 1599/1607.

É o relatório.

1. Segundo a peça inicial, o autor, portador de "hérnia discal em coluna cervical - vértebras c3, c4 e c5 - com compressão medular", foi encaminhado para cirurgia reparadora para colocação de três placas na vértebra, além dos dispositivos intersomáticos (cages), por via oral. A cirurgia foi realizada pelo médico Dr. Antonio Flávio Yunes e equipe, no Hospital Bandeirantes, sob cobertura da Amil. Afirma o autor que poucos dias depois, sentiu-se mal, apresentou inflamação na parte dianteira do pescoço, que foi encaminhado à emergência do hospital, que a inflamação no pescoço estourou. Sustenta que teve a informação de que o esôfago fora perfurado pelas placas anteriormente

Acesso ao Sumário

colocadas. Em razão disso, prossegue, foram realizadas três intervenções cirúrgicas para costurar o esôfago, sem, contudo, resolver o problema da reparação ou remoção das placas que causaram esse dano. Por fim, sustenta ter procurado outro médico e hospital para tratamento, sendo necessária realização de nova cirurgia, que retirou o material então colocado e substituiu a vértebra variada. Está incapacitado para o trabalho, desempregado e desemparado, vivendo da caridade de parentes e, segundo o parecer do médico que o acompanha, caminha em passos lentos para a tetraparesia. Pelos danos sofridos, pleiteia a indenização de R$ 500.000,00, bem como pensão vitalícia no valor de R$ 1.100,00.

A r. sentença julgou improcedente a ação. Daí a apelação.

2. No apelo, o autor afirma que o Juízo não percebeu os detalhes do caso concreto e que não houve informação precisa quanto ao resultado da cirurgia e suas sequelas e que, se soubesse que a cirurgia estava fadada ao insucesso, jamais teria se submetido a ela. Ressalta que a inexistência do erro médico não afasta o dever de indenizar, vez que a própria cirurgia gerou drásticas consequências, além de restar dúvida sobre sua necessidade. Aduz que, embora a atuação médica configure responsabilidade de meio, tanto não autoriza que um paciente, após um tratamento, fique pior do que estava, vez que continua com a doença e ainda tem o esôfago perfurado.

Alegou o médico Dr. Antônio Flávio ter prestado informações a respeito dos riscos envolventes do procedimento, sendo certo que o termo de consentimento informado foi assinado pelo autor. Portanto, tinha ele conhecimento dos riscos inerentes ao procedimento cirúrgico (fls. 251/252). Disse mais que, após o procedimento, o autor recebeu todo o tratamento necessário e que após 30 de julho não mais compareceu ao Hospital Bandeirantes para acompanhamento.

Afirmou o Hospital, na contestação, que "*o diagnóstico preciso e pontual, foi no sentido de existir fístula esofágica, complicação com previsão de ocorrência em 2% dos casos onde cirurgia neurológica é feita através de abordagem anterior (pela frente do pescoço, como no caso ora analisado)*", não significando tenha havido erro médico. Acrescentou que após a cirurgia, o paciente evoluiu bem e possuía estabilidade neurológica (fls. 1229/1230).

3. Registro de início que a Sindicância instaurada pelo Conselho Regional de Medicina - CREMESP a partir de representação formulada pelo autor restou arquivada por entender aquele Órgão que a assistência médica se deu dentro das normas técnicas, não havendo indícios de infração do código de ética.

O resultado dessa sindicância, todavia, não vincula o Judiciário, senão, pela relevância e competência técnica do Conselho, tem caráter informativo e pode auxiliar a compreensão e o esclarecimento dos fatos da causa.

4. Queixa-se o autor de que, do procedimento cirúrgico a que se submeteu, das demais cirurgias realizadas (em que sucederam perfuração do esôfago e do

Acesso ao Sumário

pulmão), e do sucedido no procedimento e no pós operatório e do tratamento que se seguiu, resultaram sequelas graves e de caráter permanente, acarretando e incapacidade total para o trabalho. Resta saber se esse resultado, se esse risco, era presumível e se resultou de culpa (por suas modalidades) do cirurgião e, via de consequência, do hospital e plano de saúde requeridos, e assim também se o autor foi alertado a respeito. Vejamos.

5. Incontroverso que autor era portador de hérnia discal na coluna cervical, sendo-lhe recomendado pelo médico tratamento cirúrgico, que foi realizado.

Segundo o laudo pericial, o autor foi submetido à intervenção cirúrgica no Hospital Bandeirantes em 23.05.06. Retornou em 04.06, quando diagnosticada coleção retrofaríngea e perfuração do esôfago. Foi submetido à cirurgia em 10.06 para sutura da perfuração do esôfago cervical, limpeza cirúrgica e reposicionamento da placa de fixação da coluna. Na UTI, ocorreu a perfuração do pulmão, necessitou drenagem e permaneceu internado. Em 24.06 "*foi operado pela terceira vez devido nova perfuração do esôfago, foi retirada a placa de fixação, colocadas duas cages, feita traqueostomia e gastrostomia*". Em 26.09 foi transferido para o Hospital Premier e em 09.04.2007 foi submetido à fixação de coluna por via posterior (fls. 1509).

Ainda de acordo com o laudo pericial, o tratamento proposto foi adequado ao paciente e foi realizado, seguindo-se os padrões recomendáveis para a gravidade do caso (fls. 1513).

Alega o apelante, no entanto, que o quadro é pior que o de antes de realizar a cirurgia, o que foi confirmado pelo Perito, segundo quem:

> "As sequelas são de natureza grave e implicam em limitações funcionais (motoras e neurológicas) nos membros superiores e inferiores... O paciente antes da cirurgia já apresentava alterações neurológicas (parestesia) nos membros superiores. A cirurgia objetivou resolver a compressão medular e das raízes nervosas. Caso não operado, o quadro poderia evoluir com piora neurológica e motora. Houve complicações graves da cirurgia, todas relatadas na literatura médica. As sequelas atuais são consequentes à própria doença anteriormente apresentada pelo autor, pioradas pela complicação cirúrgica, que implicou em manipulação da coluna vertebral, necessidade de fixação da mesma e comprometimento nervoso" (laudo, resposta aos quesitos do autor, 3.1.4 a 3.1.15 - fls. 1514/1515).

Acrescenta ainda o Perito, em resposta ao quesito 3.1.16 do autor que este "*já apresentava alterações neurológicas e motoras consequentes à doença apresentada. Em algum grau, haveria sequela. O estado atual é pior em relação ao pré-operatório em função das complicações cirúrgicas*" (sublinhei, fls. 1.515).

Acesso ao Sumário

Vale transcrever os COMENTÁRIOS e CONCLUSÕES do laudo do Perito Doutor MARCOS EDWARD PONZONI (fls. 1.528/1.529):

"*O Sr. José Antonio era portador de espondilose cervical e apresentava quadro de tetraparesia, com predomínio no membro superior direito.*

Caso a queixa se devesse aos movimentos repetitivos realizados por conta de sua profissão, seria exclusivamente no membro superior direito.

A indicação cirúrgica foi correta, assim como a técnica escolhida, qual fosse a atrodese da coluna cervical por via anterior.

Houve uma perfuração do esôfago, complicação descrita na literatura médica da especialidade em até 2¢ dos casos.

A complicação foi diagnosticada e tratada adequadamente, em u processo que implicou em logo período de internação e vários procedimentos cirúrgicos.

Em princípio, segundo o prontuário médico, houve boa recuperação, até das alterações ditas irreversíveis.

Passado o longo tempo de internação em hospital de retaguarda e havendo recuperação das condições clínicas, o paciente preciso nova operação para fixação posterior da coluna cervical, realizada em abril de 2007.

Em que pese o trauma na adolescência, não há informações sobre o mesmo quanto a eventuais lesões que possam ter provado na coluna do Autor.

As cirurgias realizadas no Hospital Bandeirantes foram adequadamente indicadas e realizadas. Não há indícios de má prática médica.

Contudo, houve necessidade de nova cirurgia para fixação da coluna cervical, uma vez que esta apresentava instabilidade, apesar das cirurgias anteriormente realizadas.

O paciente apresenta sequela neurológica grave com parestesia dos membros superiores e atrofia muscular.

A limitação dos movimentos da coluna cervical é inerente à fixação da mesma.

Está incapacitado para as atividades relacionadas ao trabalho em função do quadro neurológico que acomete os membros superiores.

Não há indícios de má prática médica nos procedimentos realizados no Autor.

Há, porém, nexo de causalidade entre a manipulação cirúrgica

Acesso ao Sumário

e a consequente complicação e o resultado não obtido, haja visto a necessidade de nova cirurgia em abril de 2007.

Não há possibilidade de recuperação neurológica e motora".

Como é bem de ver, dos procedimentos cirúrgicos, do primeiro - que se destinava a resolver os problemas vivenciados pelo autor na coluna cervical, até a tentativa de correção do que dele resultou cerca de um ano após - o quadro final de saúde do autor não melhorou. Ao contrário, piorou, levando-o a ter de deixar de exercer sua profissão de professor, e mergulhando na inatividade, forçado pelas limitações a que conduzido pelas intervenções, as que se seguiram para corrigir problemas adquiridos com a primeira, que estava a cargo do médico requerido.

Está demonstrado o nexo de causalidade entre a conduta do médico e o dano experimentado pelo demandante, malgrado não identificada ou não apontada má-prática médica.

6. Embora, de modo geral, todos os seres humanos sejam semelhantes anatomicamente, as características biológicas de cada indivíduo imprimem resultados diversos a procedimentos idênticos. A literatura médica acessível pela Internet revela estudos sobre diversas técnicas de cirurgia e as adversidades encontradas no emprego delas. Sem falar nas condições pessoais de cada ser humano, a sugerir diversa e às vezes danosa reação aos procedimentos cirúrgicos e seus resultados, ainda não haja erro médico.

Ensina a doutrina de EDIMILSON DE ALMEIDA BARROS JÚNIOR que,

> "Normalmente, a medicina e os médicos estão submetidos a riscos previsíveis que, no entanto, muitas vezes, transmudam-se em imprevisíveis e inevitáveis. Dentro do padrão técnico esperado, o fornecedor só responderá se faltar com o seu dever de informar. (...) Com verdade médica todo e qualquer procedimento médico, por mais simples que seja, possui potencial danoso em graus variáveis, inclusive risco de morte. Há reações corporais adversas que estão bem além da atual compreensão e justificativas técnico-científicas. (...) Outras terminologias a serem esclarecidas são as chamadas complicações ou intercorrências, que não se confundem com iatrogenia. Enquanto esta deriva do ato médico correto, dentro dos parâmetros científicos, aquelas se reportam a eventos danosos ao paciente, oriundos não de ato médico isolado, mas de uma série de fatores, tais como reação adversa do organismo da pessoa, imunodeficiência, deficiências nutricionais, automedicações, uso de drogas etc. Assim, tanto a iatrogenia como as intercorrências e complicações, sem o atuar científico falho, não podem ensejar obrigação de indenizar, visto que são enquadradas nas eximentes caso fortuito ou

força maior" (A Responsabilidade Civil do Médico. São Paulo: Atlas. 2007. Pág. 96/100).

Diante desse quadro, a constatação pericial do nexo causal entre a cirurgia realizada pelo réu e o resultado não obtido, por si só não seria suficiente para imputar a responsabilidade aos réus, na medida em que não configurada a culpa do médico. É preciso, todavia, adentrar na consideração de outros elementos de cognição e aferição do que sucedido no relacionamento entre as partes.

O defeito no serviço "não é o resultado desfavorável da intervenção médica, mas o erro do profissional. Se não houve o pleno sucesso por fatos não atribuíveis à ação do profissional, o serviço não é defeituoso" (Apelação com Revisão nº 379.299.4/8-00, 10ª Câmara, relator o Des. MAURÍCIO VIDIGAL). A obrigação do médico, em casos como o dos autos, é de meio, e não de resultado, resultando a responsabilidade do médico apenas se demonstrada culpa na sua conduta (artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor).

ARNALDO RIZZARDO (*Responsabilidade Civil*, Forense, 3ª ed./2007, pág. 326/330), ao discorrer sobre a responsabilidade civil dos médicos, realça:

> "dois elementos necessários para inferir a responsabilidade: a aferição dos sintomas para chegar ao exato diagnóstico, e a adoção da terapêutica recomendada pela ciência médica". [...] "não está o médico proibido de errar. Nem sempre o erro acarreta a responsabilidade. Não pode, porém, errar por culpa, isto é, por açodamento, por ligeireza, por falta de estudo, por carência de exames, por despreparo técnico, dentre outros múltiplos fatores. Arremata Neri Tadeu Câmara Souza: 'Não importa se o médico errou, mas sim, se esse erro vem acompanhado pela culpa na conduta do médico'. E pode o médico incorrer na culpa por negligência, que se delineia 'na passividade, na inércia, na falta de ação, na indolência, na preguiça mental, no descuido, na falta de estudo ou de um exame mais apurado, sendo tudo fruto do descaso, da displicência, ou desinteresse'". (sublinhei)

O Superior Tribunal de Justiça já afirmou que

> "[...] a relação entre médico e paciente é de meio, e não de fim (exceto nas cirurgias plásticas embelezadoras), o que torna imprescindível para a responsabilização do profissional a demonstração de ele ter agido com culpa e existir o nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado - responsabilidade subjetiva, portanto" (AgRg no Ag n.º 1.269.116/RJ. Relator Ministro Castro Meira. Segunda Turma. J. 06-04-2010).

> "A relação entre médico e paciente é contratual, e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, e não de resultado. II - Em razão disso, no caso da ineficácia porventura decorrente da ação do médico, imprescindível se apresenta

Acesso ao Sumário

a demonstração de culpa do profissional, sendo descabida presumi-la à guisa de responsabilidade objetiva;" (REsp n.º 1051674/RS. Relator Ministro Massami Uyeda. Terceira Turma. J. 03-02-2009).

"A responsabilidade do médico pressupõe o estabelecimento do nexo causal entre causa e efeito da alegada falta médica, tendo em vista que, embora se trate de responsabilidade contratual - cuja obrigação gerada é de meio - é subjetiva, devendo ser comprovada ainda a culpa do profissional." (REsp 1.078.057/MG. Recurso Especial 2008/0168389-1, Rel. Ministro João Otávio de Noronha. Quarta Turma. J. 10- 02-2009).

Como é sabido, "A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênios, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes" (STJ, REsp 258.389, Min. Fernando Gonçalves).

7. De fato, restou comprovado nos autos que o cirurgião agiu dentro da prática médica, como dito e repetido.

Contudo, embora a escolha do procedimento tenha se dado com a concordância do ator, afirma ele que não estava ciente dos riscos e possíveis lesões decorrentes. Tanto é assim, afirmou, que se soubesse não teria optado submeter-se ao ato.

Os réus afirmam que o autor fora alertado de todos os riscos.

A defesa firma seu ponto de vista nos documentos de fls. 251 e 252.

O primeiro é denominado Termo de Ciência e Consentimento, em que o apelante assume "inteira e total responsabilidade pela minha (do autor) internação no Hospital Bandeirantes", que ficou autorizado a "executar por si ou terceiros especializados, todos os procedimentos diagnósticos e/ou terapêuticos, clínicos, cirúrgicos ou laboratoriais" indicados por médico responsável e demais profissionais.

O outro é "Termo de Consentimento Informado". Mediante esse documento, o autor autoriza o Dr. Antonio Flávio a realizar "*o seguinte procedimento, tratamento ou cirurgia Hérnia Discal*", afirmando ter sido "*esclarecido claramente sobre a proposta de tratamento/procedimento ao qual serei submetido, seus riscos, benefícios, complicações potenciais e alternativas*", e reconhecendo e entendendo (verbos do texto) "*que não há nenhuma garantia absoluta quanto aos resultados do tratamento mas tive a informação de que os profissionais do Hospital utilizarão todos os meios técnicos (medicamentos e equipamentos) disponíveis e internacionalmente preconizados para que o melhor resultado seja alcançado*". E mais, reconheceu "*que podem ocorrer imprevistos no decorrer do tratamento ou do procedimento, que exijam conduta diferente daquela proposta inicialmente*", e que novas condições "*podem*

Acesso ao Sumário

requerer procedimentos diferentes ou adicionais daqueles que foram descritos anteriormente e que sejam necessários ..." (fls. 252).

Esse documento está assinado apenas pelo autor e por testemunhas, e não também pelo médico. É impresso padronizado e, a julgar pelo nome das testemunhas, estas são prepostas do Hospital, tanto que também subscreveram o outro termo, com este firmado.

Constitui termo genérico, inespecífico. É geral. Abrange a tudo e ao mesmo tempo não alude, minimamente, à natureza e à extensão do ato a que o autor iria se submeter e as consequências próprias da colocação de placas e *gages* (tal a imobilização da coluna no segmento a ser operado).

E quanto às consequências prováveis, conquanto não esperadas? Nada. O termo continua genérico, a julgar pelas palavras acima transcritas. Não refere a possibilidade de, procurando minorar as consequências das lesões colunares, o procedimento vir a levar a lesões de outra natureza, como a perfuração do esôfago e do pulmão, no próprio ato cirúrgico ou como consectário dele. Se a proposta médica é de melhorar a condição de saúde do paciente (não obrigação ou compromisso, senão com empregar todo o conhecimento e diligência na conduta), por certo que a probabilidade de ocorrência de eventos outros podia e devia ser indicada com clareza. Isso, quando não também esclarecer que, em vez de alcançar melhora, acarretar piora do quadro preexistente à cirurgia, levando o paciente à imobilidade (praticamente), como dão notícia os documentos juntos à inicial (cf. fotografias de fls. 52 e 53) e o laudo do Perito Médico de confiança do Juízo.

Os réus, como fornecedores de serviço e sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, tinham a obrigação legal de bem informar o paciente acerca dos serviços médicos que lhe seriam prestados, assim como todas as (possíveis) intercorrências da cirurgia, especialmente no caso em exame, que apresentava risco de perfuração do esôfago, pela manipulação cirúrgica (intervenção pela parte anterior do pescoço), como bem esclareceu o laudo pericial.

Apesar de ciente e consciente do tema, dado o que sustentou e o que perguntou, o requerido não se desincumbiu de demonstrar ter esclarecido que, dentre os riscos da cirurgia, estava o de suceder a perfuração do esôfago, o refazimento da intervenção pela via posterior da coluna, e, mesmo, o agravamento do quadro, com a instalação de sequelas como as descritas.

Diante desse quadro, malgrado o fato não decorresse de má- prática médica na preparação e na execução do ato cirúrgico, era risco previsível, que, assim como poderia não se concretizar, poderia suceder, sem que o cirurgião o esperasse. Se havia esse risco, tecnicamente conhecido, dentre os outros eventualmente inerentes ao ato cirúrgico e o pós-operatório, o paciente deveria ter sido informado previamente, mas não foi. Se não foi, não houve

Acesso ao Sumário

consentimento informado. Reside neste ponto, destarte, a responsabilidade dos réus pelo sofrimento imposto ao autor pela quebra da forte expectativa que criou em relação ao sucesso do procedimento, vez que, além de ter sofrido pós-operatório doloroso que agravou as sequelas neurológicas, ainda teve de se submeter a outra cirurgia para correção do problema. Daí se vê, nitidamente, a omissão dos riscos.

7. Esta Câmara já enfrentou o tema pela pena e relatoria do Desembargador Carlos Alberto Garbi, que ilustrou este E. Tribunal de Justiça. No julgamento da Apelação nº 0006364-88.2010.8.26.0405 (j. 11.11.2014 - 10ª Câmara de Direito Privado), assim afirmou no voto condutor dessa decisão:

> "O dever de bem informar o consumidor a respeito dos serviços prestados, como explica CLÁUDIA LIMA MARQUES, está delineado no Código de Defesa do Consumidor: 'O inciso III assegura justamente este direito básico à informação, realizando a transparência no mercado de consumo objetivada pelo art. 4º, do CDC. No CDC, a informação deve ser clara e adequada (arts. 12, 14, 18, 20, 30, 31, 33, 34, 46, 48, 52 e 54), esta nova transparência rege o momento pré-contratual, rega a eventual conclusão do contrato, o próprio contrato e o momento pós-contratual. É mais do que um simples elemento formal, afeta a essência do negócio, pois a informação repassada ou requerida integra o conteúdo do contrato (arts. 30, 33, 35, 46 e 54), ou, se falha, representa a falha (vício) na qualidade do produto ou serviço oferecido (arts. 18, 20 e 35). Da mesma forma, se é direito do consumidor ser informado (art. 6º, III), este deve ser cumprido pelo fornecedor e não fraudado (art.1 º)' (Manual de Direito do Consumidor, ANTÔNIO HERMAN V. BENJAMIM, CLAUDIA LIMA MARQUES e LEONARDO ROSCOE BESSA, 3ª ed, Ed. RT, p. 68/69).
>
> "ALEXANDRE DAVID MALFATTI também anota que 'Resta destacar, ainda, que a proteção legal aos direitos à educação e à informação dá-se nos diversos momentos da relação de consumo: pré-contratual; contratual e pós-contratual. Significa compreender que a concretização do princípio da informação exige um fluxo constante de adequadas informações do fornecedor para o consumidor (individual e coletivamente considerado) e que não se exaure com a colocação do produto no mercado de consumo'" (O Direito de Informação no Código de Defesa do Consumidor, Ed. Alfabeto Jurídico, 2003, pg. 261).
>
> "Não há tampouco dúvida de que os prepostos dos réus violaram norma ética e, esta conduta, por si só, acarreta o dever de indenizar. Por oportuno, vale a anotação de GENIVAL VELOSO DE FRANÇA, que esclarece o dever que tem o médico de informar seu paciente dos riscos de procedimento, dever que se aplica a qualquer profissional da saúde: 'O chamado 'consentimento livre e esclarecido' não deve ficar apenas

Acesso ao Sumário

entendido como mais uma regra na atividade profissional do médico, mas também no respeito à vontade do paciente em que o direito à saúde é um direito fundamental de cada ser humano. Esta é uma forma de garantir a cada indivíduo sua própria soberania. [...] Não se pode esquecer que estas informações, quando passadas ao paciente, devem ser numa linguagem que permita o devido esclarecimento e a consciente permissão. Em suma: toda intervenção médica, para ser legítima, necessita do consentimento, e este só tem legitimidade se for tomado na transparência da clareza das informações. Mais: a questão do consentimento livre e esclarecido não pode ficar centrada apenas no médico e no paciente, mas também com a própria instituição de saúde, a família do paciente e os demais profissionais de saúde que atuam no mesmo caso. [...] A tendência é se aceitar a tese de que a não advertência ao paciente dos riscos de uma conduta ou de uma intervenção e suas alternativas faz com que seja o médico o único responsável pelos riscos, em lugar do paciente ou de alguém que o representasse quando chamado a dar seu consentimento após informação devidamente esclarecida" (Direito Médico, Ed. Forense, 11ª ed., p. 270-274).

"Não é outro o entendimento de GILBERTO BERGSTEIN: 'Os riscos inerentes aos procedimentos e tratamentos médicos (que não podem ser evitados pela ciência médica, tais como as intercorrências, as lesões iatrogênicas e as idiossincrasias), se não previamente informados aos pacientes, acarretarão responsabilidade indenizatória aos médicos, caso venham a se concretizar. E assim é, segundo justificam as cortes espanholas, porque, tivessem sido os pacientes previamente alertados sobre esses riscos previsíveis, teriam tido eles a oportunidade de decidir sobre a conveniência de sujeitarem- se ou não a eles - oportunidade essa que lhes foi retirada a partir do momento em que a informação não lhes foi corretamente prestada. A informação, in casu, exerce papel determinante na atribuição de riscos da atividade médica: ao informar o risco previamente, os médicos estão, na verdade, transferindo-o ao paciente (que terá, por sua vez, a oportunidade de decidir livremente se quer ou não sujeitar-se ao risco que lhe foi informado)' (A informação na relação médico-paciente, Ed. Saraiva, 2013, p. 252).

"Já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça nesse sentido, ou seja, da responsabilização do profissional que não informa adequadamente o paciente a respeito dos riscos do procedimento:

'RESPONSABILIDADE CIVIL. Médico. Consentimento informado. A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar - nos casos mais graves - negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do

Acesso ao Sumário

consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano. Recurso conhecido' (STJ, REsp 436827/SP, rel. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR, dj 18.11.2002).

"Caso semelhante ao presente é retratado pela doutrina sempre atual de ÊNIO SANTARELLI ZULIANI: 'O consentimento informado representa a autorização para que se pratique o ato médico, o que permite afirmar que significa legalização do risco permitido. Evidente que, para se poder atribuir esse valor ao consentimento do paciente ou de seus representantes, haverá de se confirmar que o médico cumpriu, com exação, o dever jurídico de bem informar o paciente, com detalhes terapêuticos e graus do risco da providência Presume-se, como já estabelecido anteriormente, o consentimento em situação de emergência, devido a predominar o valor 'estado de necessidade' de preservar a vida e a saúde da pessoa sem condições de expressar seu consentimento[...] Não foi, contudo, o que se sucedeu com a paciente que, submetida a uma cirurgia [fenolização] indicada para dores na coluna e na perna, dela saiu sem sensibilidade e mobilidade das perdas e com total prejuízo da função esfincteriana. O TJ-RS considerou que, embora não se confirmasse falha técnica do trabalho cirúrgico, a responsabilidade civil do médico foi imposta por não ter ele informado à paciente que esse resultado [paraplegia] poderia advir, omissão essa que induziu a mulher a consentir na pressuposição de que não existiria risco cirúrgico [Ap 70005834270, da Décima Câmara Civil, j 27. 11. 2003, Des. Paulo Antônio Kretzmann]'(Responsabilidade Civil na Área da Saúde, sob a coordenação de REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA, Ed. Saraiva, 2007, p. 177-178).

"Contudo, a indenização deve ser objeto de arbitramento, considerando-se a repercussão da falta de informação em relação aos danos morais e físicos decorrentes da cirurgia e atualmente sofridos pela autora. A não prestação de informações constitui descumprimento de obrigação autônoma em relação à prestação principal (procedimento cirúrgico) e, por isso, gera a obrigação de indenizar. Como bem esclarece GILBERTO BERGSTEIN: 'Na jurisprudência brasileira, recente decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo [Ap. nº 9067259-49.2006.8.26.0000, Rel. Des. Mônaco da Silva, dj 5.11.2011] manifestou o entendimento no sentido de que o médico deve ser responsabilizado em virtude de danos decorrentes de uma intervenção cirúrgica, quando as sequelas suportadas pelo paciente não foram prévia e adequadamente informação, mesmo não havendo nenhuma falha técnica na atuação do profissional. É certo que a Corte Paulista, assim como os Tribunais europeus, vinculou a ausência

Acesso ao Sumário

de informação aos danos oriundos do procedimento cirúrgico para o fim de delimitar o dever de indenizar; contudo, ao imputar ao médico 'falha culposa na prestação do serviço', atribuiu à informação caráter autônomo, alheio a prestação principal [...]. Sem jamais deixar de reconhecer o mérito e o avanço nas discussões jurisprudenciais atinentes à matéria em questão, entende-se, aqui, que a jurisprudência continental europeia - assim como o julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - teria andado melhor se desse um passo adiante no seu entendimento. De fato, se já reconhecem as cortes que a infração ao dever de informação constitui dano autônomo e indenizável, não há razões para se atrelar a condenação ao dever de indenizar à concretização de riscos não informados. A infração ao dever de informação causa, sim, um dano, um dano de natureza moral, decorrentes da infração das garantias de informação e seu posterior consentimento. Esse dano deve ser indenizável per se pela violação à autonomia do paciente, independentemente de danos físicos porventura ocorridos ou não, e que devem ser valorados, da mesma forma, individual e separadamente' (A informação na relação médico- paciente, Ed. Saraiva, 2013, p. 260/261).

"Daí se vê, portanto, que os atuais danos físicos sofridos pela autora também devem ser indenizados. O perito confirmou que a autora sofreu sequela irreversível, que demanda tratamento multidisciplinar: médico (neurologia, urologia, infectologia, clínico), fisioterápico (fisioterapia e hidroterapia) e psicológico (fls. 172/173). Diante disso, deve a ré custear o pagamento de equipe médica, fisioterápica e psicológica, bem como os medicamentos e materiais necessários aos cuidados da autora.

"Em razão da tetraplegia, a autora deverá ser removida por aparato adequado, providenciado pelos réus, quando necessária locomoção para hospitais, laboratórios e unidades de terapia.

"A invalidez decorre do risco não previamente informado à paciente, invalidez que impede hoje a autora de trabalhar. Diante disso, revela-se justificada a condenação da ré ao pagamento de pensão mensal vitalícia, no valor de um salário mínimo, que deverá ser pago desde a data da primeira cirurgia. A pensão vitalícia se justifica, pois a prova pericial foi clara no sentido de que a sequela sofrida pela autora tem natureza irreversível.

"A pensão deverá ser paga mediante a inclusão da autora na folha de pagamento de uma das rés, que respondem solidariamente pelos danos, o que afasta a necessidade de constituição de capital, nos termos do art. 475-Q, § 2º, do Código de Processo Civil.

"A condenação da ré ao custeio do plano de saúde não se justifica

Acesso ao Sumário

diante da indenização ora concedida e da obrigação que se impõe à requerida.

"No que tange à indenização por danos morais, não há dúvida do sofrimento intenso sofrido pela autora, que se viu privada de autonomia e passou a viver como dependente de seu marido. Além disso, houve verdadeira frustração de expectativa, pois imaginava obter a cura e viu seu estado de saúde se agravar. Diante destas circunstâncias, revela-se justificada a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), com juros de mora a contar da data da primeira cirurgia e correção monetária a partir do julgamento do recurso, já compreendido aqui o dano estético.".

8. A situação do paciente deste caso é assemelhada à desse precedente. Justifica-se também aqui concluir que o atendimento do pedido é inafastável.

Devida, a indenização leva em consideração o sofrimento do autor em razão do agravamento do seu estado de saúde e das sequelas permanentes.

O reclamo inicial é de que devem ser indenizados os danos morais, bem como imposto o pagamento de pensão vitalícia no valor de R$ 1.100,00 (mil e cem reais mensais), a partir da 1ª cirurgia, equivalente aos ganhos que o autor recebia como professor, em razão da invalidez permanente.

O autor pede a título de reparação não menos que R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), por danos morais. O valor é excessivo, malgrado não se perca de vista o sofrimento a que foi submetido e as consequências do sucedido.

A condenação deve guardar respeito à proporcionalidade e a razoabilidade. Se não serve para enriquecer sem causa a vítima, também não pode levar o culpado pelo dano à insolvência ou à ruína.

Neste caso, o padecimento do autor é evidente, grande e permanente. A indenização mandada pagar a ela deve ser proporcional, e também razoável.

A reparação, portanto, deve ser proporcional ao estado em que ele foi colocado pela conduta dos réus, que, violação ao dever de informação.

Acesso ao Sumário

Conferido ao Poder Judiciário dizer qual a indenização cabível no caso concreto, atendidas as peculiaridades do caso, a indenização, na hipótese, deve ser fixada em R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), com que a um só tempo se atribui ao autor reparação ou compensação (conforme seja o modo ou o ponto de vista com que seja vista a questão) pelo dano moral ou pela dor, sofridos em consequência das limitações que lhe foram impostas, aliás como dito v. acórdão relatado pelo então Desembargador desta Corte, depois Ministro CEZAR PELUSO: "estimativa prudencial que leve em conta a necessidade de, com a quantia, satisfazer a dor da vítima e dissuadir, de igual e novo atentado, o autor da ofensa" (RT 706/76).

O valor se aos princípios mencionados, levando em conta as condições do

autor, pessoa modesta, e às notáveis e graves consequências do sucedido, dada a invalidez que lhe foi imposta. De outra parte, se não tanto o médico cirurgião, as entidades médicas corresponsáveis, de certo que estão em posição e porte econômico capazes de suportar a imposição, sem risco de serem levadas à ruína.

9. De igual modo, também faz jus o autor ao pagamento da pensão vitalícia no valor de R$ 1.100,00 (hum mil e cem reais) mensais, salário que o autor recebia à época dos fatos (fls. 31/33), vez que desde então impedido de lecionar, total e permanentemente, dado ter sido a prova pericial conclusiva de que "*não há possibilidade de recuperação neurológica e motora*".

A pensão, como dito, devida desde a data da primeira cirurgia, será atualizada anualmente pelo IPCA, e corrigidos as prestações desde cada vencimento (um mês após o início da vigência), sucessivamente, segundo a Tabela Prática expedida por este Tribunal. Os juros serão contados sobre a soma vencida à data da citação, e mês a mês a partir do respectivo vencimento, uma e outra até o respectivo pagamento.

10. Assinalo, por fim, que na hipótese de oposição de embargos de declaração, o julgamento se dará virtualmente, salvo manifestação expressa das partes em cinco dias contados da intimação do acórdão.

11. Ante o exposto, dou provimento ao recurso do autor, para julgar a ação procedente, condenando os corréus DR. ANTÔNIO FLÁVIO YUNES SALLLES, AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL LTDA e SOCIEDADE ASSISTENCIAL BANDEIRANTES a pagar ao autor: **(a)** indenização consistente de pensão vitalícia, desde a data do evento, equivalente a R$ 1.100,00 (hum mil e cem reais) mensais, corrigíveis e com juros na forma especificada no corpo do acórdão, e **(b)** indenização por danos morais fixada em R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), corrigíveis a partir da data deste julgamento (Súmula 362 do STJ), e com juros contados da data da data do evento danoso, ou seja, 23/06/2006 (Súmula 54 do STJ e art. 398 do Código Civil), além de **(c)** custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 15% (quinze por cento) do total da condenação.

É meu voto.

12. Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1015996-56.2016.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante M.H.R., é

Acesso ao Sumário

apelado S.D.A.S. (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21802)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COSTA NETTO (Presidente sem voto), ANGELA LOPES e PIVA RODRIGUES.

São Paulo, 1º de outubro de 2018.

EDSON LUIZ DE QUEIROZ, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável, alimentos e partilha de bens. Sentença de procedência.

PRELIMINARES. Decisão proferida na vigência CPC/2015. Aplicação desse diploma legal, em respeito ao sistema de isolamento dos atos processuais.

Gratuidade processual ao autor. Ré não comprovou a ausência de hipossuficiência do autor. Benefício mantido.

Contraditas das testemunhas desacolhidas. Ré não comprovou amizade íntima das testemunhas com o autor.

MÉRITO. União estável reconhecida pelo farto conjunto probatório. Reconhecida e dissolvida a união estável, a consequência lógica é pela divisão equânime de patrimônio amealhado durante o período de convivência, não havendo se falar em exclusão de qualquer direito. Aplicação do regime de comunhão parcial de bens, de conformidade com o art. 1.725 do Código Civil. Presunção de que a aquisição foi feita com recursos comuns do casal.

Sentença mantida. Motivação do decisório adotado como julgamento em segundo grau, Inteligência do art. 252 do RITJ.

Pretensão de incidência de juros remuneratórios incidentes sobre valor utilizado a título de sub-rogação na aquisição do imóvel comum. Descabimento. Juros remuneratórios apenas remuneram aplicação financeira.

Acesso ao Sumário

Sucumbência recíproca mantida. Honorários recursais em relação ao apelante majorados para 20% do valor da causa. Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Ao relatório da decisão de primeiro grau, acrescente-se tratar de ação de reconhecimento e dissolução de união estável, fixação de guarda, regulamentação de visitas e partilha de bens.

As partes se compuseram em audiência de tentativa de conciliação, realizada em 20/10/2016, nas questões referentes à guarda e visitas da filha comum, nascida em 03/11/2000, conforme certidão de fl. 22, (fls. 63/64). Foi rejeitada a impugnação à justiça gratuita, deferida ao autor, e indeferido o pedido do autor de expedição de ofício ao cartório de registro de imóveis e demais órgãos competentes para o fornecimento das matrículas dos imóveis constantes na exordial (fl.98).

No mérito, os pedidos foram julgados parcialmente procedentes para reconhecer a união estável havida entre as partes no período entre novembro de 1999 a 12 de junho de 2015 e determinar a partilha de bens descritos na inicial (Veículo VW Spacefox, empresa Comércio varejista de artigos do vestuário e acessórios e do imóvel residencial na Avenida (...), nesta Capital), com exceção do apartamento CDHU, conforme parâmetros definidos na fundamentação da sentença. Em razão da sucumbência recíproca, cada uma das partes foi condenada a arcar com as custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, suspensa a exigibilidade, em relação ao autor.

A ré apela, reiterando a impugnação à concessão da gratuidade judiciária, aduzindo que o autor não pode estar desempregado desde 1989 e que não especifica de quais "*bicos*" estaria vivendo. Reitera o pedido de desentranhamento dos documentos que entende terem sido juntados extemporaneamente. Aduz, outrossim que as testemunhas trazidas pelo autor eram seus amigos e, portanto, reitera a contradita.

No mérito, ressalta que não houve união estável e que o autor não se desincumbiu de prová-la, sendo que a relação não passou de simples namoro. Afirma que o autor nunca contribuiu com auxílio financeiro para a filha de ambos, nega a mútua assistência. Alega que durante o namoro, cada um residiu em sua casa e o autor não provou a coabitação.

Por fim, pugna pelo provimento do recurso para que seja reformada a sentença, acolhendo as preliminares e afastada a união estável, ou, subsidiariamente, seja afastada a partilha de bens, uma vez que o autor não contribuiu para sua aquisição e, ainda, que seja reconhecido apenas o período de

Acesso ao Sumário

novembro de 2000 (mês do nascimento da filha comum) até novembro de 2013. Pede, ainda, que se mantida a partilha do imóvel, deve ser reajustado o valor da sub-rogação, acrescentando-se juros remuneratórios de 12% ao ano, ao referido valor (R$ 90.000,00).

O recurso foi regularmente processado com o oferecimento das contrarrazões. O D. representante do Ministério Público declinou de sua intervenção (fls. 281/283).

É o relatório do essencial.

APLICAÇÃO DA LEI PROCESSUAL NO TEMPO

Inicialmente, anote-se que o julgamento é feito com base nas disposições do Código de Processo Civil de **2015**, e não aquelas referentes ao CPC/1973, tendo em vista que foi em sua vigência que a decisão foi proferida e o recurso foi interposto. Aplica-se o princípio "*tempus regit actum*", corolário do sistema de isolamento dos atos processuais.

PRELIMINARES

As preliminares levantadas pela ré não merecem acolhimento.

Inicialmente, a gratuidade processual deferida ao autor. De acordo com o artigo 98 do CPC/2015, presume-se verdadeira a alegação de hipossuficiência deduzida por pessoa natural, conforme art. 99, § 3º, CPC/2015. No caso, a ré não provou o contrário. É incontroverso nos autos que o autor sobrevive de "*bicos*". Pela sua própria natureza, "*bicos*" são trabalhos temporários realizados sem registro em carteira, com a finalidade de obter ou complementar renda. Nesse sentido, o que se constata é que o autor não possui emprego fixo ou fonte de renda própria, o que lhe confere a qualidade de hipossuficiente. Assim, mantém-se os benefícios da gratuidade da justiça concedidos ao autor.

Quanto às alegações de amizade íntima das testemunhas com o autor, não restaram provadas pela ré em audiência e em nenhum outro momento processual. Portanto, não há justificativa para o acolhimento das contraditas.

Por outro lado, as documentações fotográficas, como bem ressaltado pelo magistrado, foram juntadas em réplica e alegações finais como contraprova das alegações infirmadas pela ré, a teor do que dispõe o artigo 435 do Código de Processo Civil, inexistindo qualquer irregularidade.

MÉRITO

A sentença deve ser confirmada por seus próprios fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir. O art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal estabelece que:

"Vistos.

Trata-se de AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL, cumulada com PARTILHA DE BENS, GUARDA e

REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS, proposta por S.D.A.S. contra M.H.R.

Consta da inicial: a) a autora e o réu viveram, como se casados fossem, durante cerca de dezesseis anos, até outubro de 2015; b) o casal teve uma filha, nascida em 03/11/2000, portanto ainda menor de idade; c) a guarda da filha menor deverá ser compartilhada pelas partes, regulamentando-se os períodos em que ela permanecerá com o autor; d) durante a união estável, mediante esforço comum, as partes adquiriram um veículo automotor, um imóvel da CDHU, um sobrado misto (residencial e comercial) e uma empresa comercial.

Em atenção ao que foi decidido a fls. 42/43, o autor emendou a inicial, para esclarecer que entre os pedidos cumulados não se inclui a oferta de alimentos em favor da filha menor (fls. 49/50).

Na audiência prévia de conciliação foi homologado acordo parcial, pelo qual foram solucionadas a guarda e as visitas referentes à filha menor (fls. 63/64). Desde então, o processo segue exclusivamente quanto aos pedidos de reconhecimento e dissolução de união estável, e de partilha de bens comuns.

Ao ser contestada ação foi aduzido (fls. 66/79): a) deverá ser revogada a gratuidade da justiça deferida ao autor, que tem plenas condições de custear o processo sem prejuízo da sua sobrevivência, além de ser assistido por advogadas particulares; b) a filha comum foi concebida em uma relação sexual casual mantida pelas partes, quando estas nem sequer mantinham namoro; c) apenas depois do nascimento da filha, as partes iniciaram um namoro, que nunca passou disso, tanto assim que nunca mantiveram vida em comum; d) nunca houve intenção de constituição de família, nem assistência mútua, de forma que não houve união estável entre as partes; e) mesmo o simples namoro sempre foi conturbado, com seguidas interrupções, algumas com duração de seis meses ou um ano; f) por ter duas filhas de relacionamento anterior, a ré não se interessou em manter uma relação mais séria com o autor; g) por sua vez, o autor nunca quis perder sua liberdade, e nunca se dispôs a ser o provedor de uma nova família; h) o autor nunca deu, nem sequer, auxílio financeiro à filha menor comum; i) o namoro foi rompido no início de 2013, e não em outubro de 2015 como sustentou o autor; j) a ré construiu com o seu trabalho, todo o seu patrimônio, sem qualquer ajuda do autor; k) o imóvel da CDHU foi adquirido antes do namoro, e o veículo quando tal relacionamento não existia mais; l) os demais bens foram adquiridos com recursos exclusivos da ré, sem participação alguma do autor; m) os pedidos de reconhecimento e dissolução de união estável, e de partilha, deverão ser julgados improcedentes.

O autor rebateu as alegações feitas na contestação e acrescentou (fls. 129/136): a) deverá ser mantida a gratuidade da justiça que lhe foi deferida, posto que não tem renda suficiente para custear o processo sem prejuízo da sua sobrevivência; b) deverão ser reputadas suspeitas as testemunhas arroladas pela ré; c) ao autor deverá ser concedido prazo para produzir prova documental pertinente.

Ao ser saneado o processo (fls. 143/144): a) o alcance da demanda foi limitado aos pedidos de reconhecimento e dissolução de união estável e de

Acesso ao Sumário

partilha de bens, e à impugnação à gratuidade da justiça deferida ao autor; b) foi indeferido o pedido de prazo formulado pelo autor, para produção de prova documental, com ressalva de análise oportuna sobre a pertinência de eventuais documentos novos efetivamente exibidos; c) foi indeferida a produção da prova pericial avaliatória requerida pelo autor; d) foi deferida a produção de prova exclusivamente oral, para demonstração dos pontos controvertidos fixados naquela mesma oportunidade; f) foi relegada para a audiência de instrução, a apreciação da suspeição levantada contra as testemunhas da ré.

O autor exibiu documentos a fls. 158/161 e 165/168, além de ter depositado em cartório mídia eletrônica com três vídeos (fls. 177).

Na audiência de conciliação, instrução e julgamento (fls. 177) foi colhido o depoimento pessoal do autor (fls. 169) e, em seguida, foram ouvidas três testemunhas do autor (fls. 170/174) e duas da ré (fls. 175/176).

Em razões finais, as partes reiteraram suas pretensões anteriores, confrontando as com as provas dos autos (fls. 188/198 e 199/210). O autor pediu que fossem requisitadas do Cartório do Registro de Imóveis, as matrículas dos imóveis arrolados (fls. 198).

O Ministério Público não participou dos atos e nem foi ouvido na última fase do processo, porque nela não se discutem mais interesse de incapaz (artigo 698 do CPC/2015).

Relatei.

Passo a decidir.

I - No item 'V' do saneador (fls. 143/144), foi atribuído à ré o ônus de provar que o autor tem possibilidades financeiras para custear o processo, sem prejuízo da sua sobrevivência. Contudo, a ré não se desincumbiu desse ônus, pois não há nos autos prova alguma sobre qual é a renda atual do autor.

Por falta de prova de que o autor pode custear o processo sem prejuízo da sua sobrevivência, improcede a impugnação oferecida pela ré, contra a gratuidade da justiça deferida àquele a fls. 51.

II - A prova documental e os vídeos exibidos pelo autor a fls. 158/161, 65/168 e 177 foram por ele obtidos da testemunha ouvida a fls. 170/171. Destinam-se à contraprova, da alegação feita na contestação e dos documentos que a instruíram, de que entre as partes houve mero namoro, e não união estável. Em se tratando de contraprova, as respectivas exibições são reputadas tempestivas, de forma que deverão permanecer nos autos (prejudicado o pedido de desentranhamento formulado nas razões finais da autora).

III - A requisição pedida pelo autor no item 'b' de fls. 198 é manifestamente intempestiva. Os requerimentos de prova deveriam ter sido formulados na inicial, ou no máximo antes do saneador.

Ademais, o documento de fls. 90, por não ter sido impugnado na réplica, basta para comprovar a data da aquisição e a forma de pagamento do apartamento. A matrícula do terreno (sobre o qual foi construído o sobrado misto) já foi exibida a fls. 32/35. Quanto aos demais bens, as respectivas datas

Acesso ao Sumário

de aquisição são incontroversas, de forma que independem de prova.

Pelos referidos fundamentos, indefiro as requisições postuladas pelo autor.

IV - As testemunhas ouvidas na instrução a pedido do autor relataram, em uníssono (fls. 170/174), que as partes mantiveram por longo período, vida em comum sob o mesmo teto, durante a qual apresentavam-se como marido e mulher, frequentavam juntos locais públicos. Tais depoimentos têm elevado valor probatório, pois são coerentes um com os outros.

Como se não bastasse, a referida prova oral é corroborada por prova documental, uma vez que durante o relacionamento as partes conceberam uma filha, nascida em 03 de novembro de 2000 (fls. 22). Há da mesma forma prova fotográfica, de eventos sociais e familiares frequentados pelas partes que, nessas ocasiões, apresentavam-se como sendo um casal (fls. 158/161 e 165/168). Os vídeos depositados em cartório têm o mesmo teor.

Quanto ao depoimento pessoal do autor, desde que seja interpretado de forma correta e isenta: a) não contém as contradições alegadas pela ré; b) confirma por completo o conjunto probatório e, portanto, a existência da união estável.

Em síntese, o conjunto probatório revela que as partes mantiveram vida em comum sob o mesmo teto, com ânimo de constituir família e com o conhecimento de todos, sendo o quanto basta para a caracterização de união estável e para rejeição da alegação da ré, de que houve entre ambos mero namoro. Tal solução se impõe, em especial, porque a ré nenhuma contraprova eficaz produziu. As testemunhas ouvidas a seu pedido (fls. 175/176), prestaram depoimentos lacônicos e contraditórios, portanto sem valor probatório. Por exemplo, durante as reperguntas da ré, a sua testemunha de fls. 175 disse que foi à residência dela e, ali, não viu o autor, nem identificou 'pertences que pudessem pertencer a um homem na casa' (sic). No entanto, essa mesma testemunha, durante as reperguntas do autor, voltou atrás em suas afirmativas anteriores, ao revelar que viu, sim, o autor no apartamento em que a requerida morava, e não soube esclarecer se ele morava ali, porque ela, testemunha, não frequentava o local. Ao voltar atrás, a testemunha revelou que ser tendencioso o seu depoimento e, portanto, sem valor probatório. O mesmo ocorreu com a testemunha de fls. 176. Durante as reperguntas da ré disse que viu o autor algumas vezes na frente da loja. Depois, durante as reperguntas do autor, passou a dizer que este 'aparecia algumas vezes na loja', porém 'nunca questionou o que ele fazia ali'. Ademais, essa mesma testemunha disse ter conhecimento superficial dos fatos, por ser mera cliente da ré, e que 'não frequentava a casa das partes' (sic).

V - A inicial é omissa quanto ao termo inicial da união estável. Dessa peça processual consta, apenas, que a união estável perdurou por dezesseis anos e foi encerrada em outubro de 2015. Retroagindo-se por dezesseis anos o termo final indicado pelo autor, o termo inicial da união estável não pode ter ocorrido antes de novembro de 1999. O nascimento de uma filha comum,

Acesso ao Sumário

um ano depois, confirma ser razoável tal interpretação, mesmo porque a ré nenhuma prova fez da sua alegação, de que o relacionamento com o autor só teve início depois do nascimento da filha comum.

Outrossim, no documento exibido pelo autor a fls. 36/37, ele próprio informou que o o rompimento da vida em comum ocorreu em 12 de junho de 2015. Assim como não há prova da alegação da ré de que o relacionamento das partes foi rompido em 2013, também não há prova da alegação do autor de que, depois do incidente relatado a fls. 36/37, a vida em comum foi reatada e só voltou a se desfazer em outubro de 2015. Portanto, o **termo final da união estável é fixado em 12 de junho de 2015**.

Equivale dizer, que a **união estável mantida pelas partes perdurou de novembro de 1999 a 12 de junho de 2015**. Há prova de brigas, durante as quais o autor pernoitava em sua oficina. Todavia, não há prova alguma de que tais interrupções tenham perdurado por longos períodos, ao contrário do que sustentou a ré.

VI - Cumpre deliberar a partilha.

VI.1 - Na deliberação da partilha, em primeiro lugar deve ser definido o regime jurídico a ser observado.

VI.1.1 - Até 09 de maio de 1996, a união estável e seus efeitos eram interpretados por construção pretoriana, coroada pela Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, 'verbis': '***Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum***".

Note-se que para ser partilhável, o bem precisaria ser adquirido pelo esforço comum. Tal entendimento não se aplica ao caso dos autos, pois a união estável só foi iniciada em novembro de 1999, portanto depois de 09 de maio de 1996.

VI.1.2 - Outra é a solução, quanto ao período de 10 de maio de 1996, quando entrou em vigor a Lei 9.278/1996, até 09 de janeiro de 2003, véspera da entrada em vigor o novo Código Civil.

A Lei 9.278/1996, no 'caput' do seu artigo 5º estabeleceu: '**Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito**'.

Acesso ao Sumário

Por falta de expressa exigência legal, a partir de então não se exigiu mais o esforço comum. É regra comezinha de hermenêutica, que onde a lei não distingue não cabe ao intérprete distinguir. Em consequência, com a devida 'venia' quanto aos entendimentos contrários, na vigência da Lei 9.278/1996, basta que o bem tenha sido adquirido a título oneroso na constância da união estável, para que ele se comunique entre os companheiros.

VI.1.3 A mesma interpretação referida no item anterior, se aplica também ao período de 10 de janeiro de 2003 em diante, de vigência do novo Código

Civil, que em seu artigo 1.725 estabelece: '**Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens**'. Por sua vez, o 'caput' e o inciso I do artigo 1.660 do mesmo código estabelecem que '**Entram na comunhão**, '**os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges**'.

Também aqui a lei não exige esforço comum, não cabendo ao intérprete introduzir condição não prevista em lei.

VI.1.4 - Em síntese, a união estável mantida pelas partes perdurou de novembro de 1999 a 12 de junho de 2015, de forma que a ela se aplicam as disposições do 'caput' do art. 5º da Lei 9.278/1996 (até 09 de janeiro de 2003) e o artigo 1.725 do Código Civil de 2003 (a partir de a0 de janeiro de 2003). Em qualquer desses períodos, **não há exigência legal de esforço comum, para que se comuniquem entre os companheiros os bens adquiridos a título oneroso no curso da união estável**.

Tal entendimento está atualmente consolidado, por Decisão Colegiada do Supremo Tribunal Federal (encerrada em 10 de maio de 2017), pela qual foi considerado inconstitucional o art. 1.790 do Código Civil, sob o fundamento de que **à união estável deve ser dado o mesmo tratamento legal aplicável ao casamento sob o regime da comunhão parcial de bens.** Isso põe fim à questão.

VI.2 - Dando-se seguimento à deliberação da partilha, cumpre em segundo lugar definir, com base no regime jurídico aplicável (tratado nos itens 'VI.1.1' a 'VI.1.4'), quais os bens se comunicaram entre as partes e que, por isso, estão sujeitos à partilha.

VI.2.1 - O apartamento, arrolado no item 'd' de fls. 07 como 'imóvel CDHU', foi adquirido pela ré em janeiro de 1999, sendo pago em duas parcelas, uma à vista e outra em 20 de outubro daquele mesmo ano, conforme prova documental exibida a fls. 90. A aquisição e o pagamento da primeira metade do preço ocorreram em janeiro de 1999, portanto antes do início da união estável, de forma que não se comunicaram ao autor.

Quanto ao pagamento da outra metade do preço, estava previsto para o dia 20 de outubro de 1999 (fls. 90) e, nada consta dos autos (nem alegação, nem prova), que tenha sido feito depois disso. Forçoso considerar, portanto, que a última parcela do preço também não se comunicou ao autor.

Não é só. Pelo documento de fls. 97, não impugnado na réplica, o apartamento foi compromissado à venda pela ré à sua filha J., em 25 de agosto de 2012, a partir de quando deixou de integrar o patrimônio comum. Assim, mesmo que esse bem tivesse se comunicado ao réu, estaria de qualquer forma excluído da partilha.

Pelos fundamentos apontados, o apartamento da CDHU fica excluído da partilha.

VI.2.2 - O sobrado misto (comercial no piso térreo e residencial no piso superior), arrolado a fls. 07 sob item 'c', deve ser considerado de forma

Acesso ao Sumário

fragmentada, posto ser incontroverso que houve a aquisição de mero terreno (fls. 32/35) e, só depois, as partes ali construíram o sobrado misto. Aliás, quanto a essa construção, a testemunha de fls. 173/174 relatou que 'o autor ficava no local da construção da casa das partes e trabalhava 'como um louco, ali''.

VI.2.2.1 - O terreno da Rua dos (...) foi adquirido em 18 de janeiro de 2008 por R$ 43.140,00 (fls. 34). Em se tratando de bem adquirido a título oneroso no curso da união estável, comunicou-se entre os companheiros, sendo indiferente que tenha sido registrado apenas em nome da ré.

Sobre o terreno, o autor tem direito à meação (50%).

VI.2.2.2 - A construção sob número (...) da Rua dos (...) foi erigida nos anos seguintes, portanto também no curso da união estável, sendo o quanto basta para viabilizar a respectiva comunicação entre os companheiros. O fato de o réu ter trabalhado pessoalmente na construção, embora não seja necessário para assegurar a comunicação entre os companheiros, confirma a existência da união estável.

No entanto, a ré sustentou na contestação (final de fls. 75 e início de fls. 76), que os R$ 90.000,00 que percebeu pela venda do apartamento à sua filha J. em setembro de 2012 (fls. 97), foi utilizado na construção do sobrado. Tal sub-rogação não foi negada na réplica, com o que se tornou incontroversa. Fato incontroverso não depende de prova (art. 374, III do CPC/2015).

Em liquidação por arbitramento será apurado qual o custo total da construção na época da produção da prova pericial. Do valor apurado serão abatidos os R$ 90.000,00 referentes à sub-rogação, **devidamente atualizados (apenas correção monetária com base na Tabela de Correção dos Cálculos Judiciais baixada pelo TJSP)**. O autor terá direito à meação, sobre a diferença daí decorrente. À ré caberá o valor equivalente à sub-rogação, mais 50% sobre a diferença.

VI.2.2.3 - A participação efetiva de cada uma das partes sobre o imóvel da Rua dos (...), será estabelecida em partes ideais sobre o todo (terreno mais construção), que serão definidas por meio da aplicação simultânea, das regras definidas nos itens 'VI.2.2.1' e 'VI.2.2.2', tudo nos termos do que for apurado em liquidação por arbitramento.

Acesso ao Sumário

VI.2.3 - A empresa individual em nome da ré, arrolada no item 'b' de fls. 07, foi constituída em 23 de abril de 2003 (fls. 98), portanto durante a união estável.

Sobre essa empresa o réu tem direito à meação (50%). Por se tratar de empresa em nome individual, não há como a meação do réu ser traduzida em quotas, pois isso alteraria a natureza jurídica da empresa. A meação do réu será apurada em liquidação de sentença por arbitramento, mediante avaliação do respectivo fundo de comércio (em sentido amplo, abrangendo o ponto comercial e o estoque).

VI.2.4 - O veículo arrolado no item 'a' de fls. 07 foi adquirido a título oneroso em 10 de janeiro de 2014 (fls. 100), portanto durante a união estável.

Sobre tal bem, o réu tem direito à meação (50%).

VII - Repita-se que, corretamente interpretado, o depoimento pessoal do autor não contém incoerências, de forma que não se aplica a confissão pretendida pela ré em suas razões finais. Com a afirmativa de que não contabilizava os valores que dava para a ré, o autor quis dizer que não mantinha controle contábil dos repasses. A ausência de registros escritos de movimentações financeiras entre companheiros ou cônjuges é regra. Não se pode duvidar, portanto, que o autor não tenha guardado consigo documentos comprobatórios dos alegados repasses.

O autor não tinha obrigação processual de impugnar todas as alegações feitas na contestação. Tal obrigação se limita às questões inéditas suscitadas na defesa, como por exemplo a sub-rogação acolhida nesta sentença justamente por falta de expressa resistência. No entanto, são controvertidas todas as alegações feitas na contestação, em contradição ao que foi alegado na inicial, independentemente de nova impugnação pelo autor na réplica.

Ao requerer a lavratura do boletim de ocorrência de fls. 36/37, o autor afirmou ter sido expulso da residência comum pela ré, alguns dias antes. Justamente por isso forneceu, como endereço residencial, o local onde estava abrigado. Portanto, o documento de fls. 36/37 não se presta a infirmar a existência da união estável. Ademais, nesta sentença foi reconhecido como término da união estável, justamente o dia em que o autor disse ter sido expulso de casa.

O documento de fls. 80/89, de forma isolada, também não se presta a comprovar a inexistência de vida em comum. Prevalecem as demais provas dos autos, indicadas nesta sentença.

VIII ISTO POSTO: 1) rejeito a impugnação oferecida pela ré, contra a gratuidade da justiça deferida ao autor no curso do processo; 2) indefiro o pedido formulado pela ré, de desentranhamento dos documentos e vídeos exibidos pelo autor antes e durante a audiência de instrução; 3) indefiro a requisição postulada pelo autor no item 'b' de fls. 198; 4) ratifico nesta oportunidade a homologação levada a efeito a fls. 63/64, quanto às questões ali definidas por consenso (guarda e visitas da filha menor comum); 5) no mais, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação, para: a) reconhecer que o autor e a ré mantiveram união estável de novembro de 1999 a 12 de junho de 2015, quando foi dissolvida de maneira informal pelo encerramento da vida em comum; b) excluir da partilha o apartamento CDHU arrolado no item 'd' de fls. 07; c) partilhar os bens descritos nos itens 'a', 'b' e 'c' de fls. 07, conforme parâmetros definidos na fundamentação desta sentença, que deverão ser observados e complementados por meio de oportuna liquidação por arbitramento.

Em face da sucumbência recíproca, cada uma das partes arcará com metade das custas processuais, a serem apuradas oportunamente com base no efetivo valor do monte partível (soma de todos os bens efetivamente partilhados, devendo ser desconsiderado o bem excluído da partilha). Condeno cada uma das partes a arcar com os honorários do advogado da parte contrária, em ambos os casos arbitrados em 10% do valor da causa a ser oportunamente

Acesso ao Sumário

apurado. Suspendo a exigibilidade da sucumbência a cargo do autor, por ser beneficiário da gratuidade da justiça (§ 3º do art. 98 do CPC/2015).

Transitada em julgado esta sentença, aguarde-se em cartório provocação de qualquer das partes por trinta dias. Decorrido o prazo, arquivem-se os autos. Publique-se, registre-se e intime-se."

Acrescente-se que as provas produzidas nos autos convergem para declarar o período da união estável entre os envolvidos de novembro de 1999 até 12 de junho de 2015. Os depoimentos das testemunhas do autor, todas compromissadas, somadas à documentação fotográfica, levam à inequívoca conclusão de que as partes se comportavam e se apresentavam à sociedade como casal. Tanto é assim que tiveram uma filha e conviveram por longo período. Os desentendimentos frequentes relatados por ambos só reforçam a ideia de que a relação havida era mais do que simples namoro.

Assim, diante das circunstâncias dos autos, não há como acolher as alegações recursais.

Dessa forma, impõe-se a partilha do imóvel, como constou da r. Sentença e conforme disposto no artigo 1725 do Código Civil em vigor que:

> "*Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens*".

Conforme preleciona Milton Paulo de Carvalho Filho comentando referido artigo:

> "*O artigo dispõe sobre as relações patrimoniais entre os companheiros. Determina o dispositivo que se aplicará a elas o regime da comunhão parcial de bens, na ausência de convenção em contrário, que, no caso, é o contrato escrito (art. 1.640). Esse regime tem como principal característica a comunhão dos bens que sobrevierem ao casal na constância do casamento. Ter-se-á a presunção de que os bens onerosamente adquiridos durante a união estável são comuns, só podendo ser afastada por contrato escrito, não se admitindo nenhuma prova em contrário. Não há, pois, brechas para a alegação de que não houve esforço comum. Aplicam-se à união estável as regras dos arts. 1.659, 1.660 e 1.661, que dispõem sobre os bens, direitos e obrigações do companheiro que não se comunicam ao outro, e sobre os bens, benfeitorias e frutos que se comunicam. Na disputa da meação desses bens, poderá, no entanto, existir dificuldade em se estabelecer a data do início e do fim da união e da aquisição do bem, e até mesmo a partir de que momento passou a existir - realmente - com os requisitos do art. 1.723 - a união estável entre os companheiros. A tarefa competirá ao juiz, que analisará as circunstâncias peculiares de cada caso concreto.*"[1]

1 *In* Código Civil Comentado - Coordenador Cezar Peluso 1ª ed. Manole p. 1711 comentário ao art. 1.725.

Acesso ao Sumário

Em vista da apelação se ater aos argumentos já debatidos na sentença recorrida, nos termos do art. 252 do Regimento Interno, confirma-se a decisão de Primeira Instância, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

No que se refere ao pleito de incidência de juros remuneratórios sobre o montante utilizado como sub-rogação na compra do imóvel, da mesma forma não merece acolhida. A sentença definiu que o valor deveria ser atualizado apenas com correção monetária, e assim deve permanecer. Juros remuneratórios, ou juros compensatórios são juros devidos negocialmente como compensação ou remuneração do capital, ou extranegocialmente, como parcela que completa o valor da reparação em objeto, o que não é o caso dos autos.

Haverá incidência de juros moratórios apenas quando houver a caracterização da mora. Ademais a ré está inovando com este pedido, visto que não foi feito em contestação.

HONORÁRIOS RECURSAIS

Finalmente, com a vigência do atual CPC, em caso de não provimento do recurso, a parte apelante/vencida terá majorado os honorários de sucumbência, sob a modalidade de honorários recursais.

No caso presente, o arbitrou os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa. Nessas condições, observada a regra do artigo 85, §11, CPC, a verba honorária fixada em primeiro grau em favor do apelado, é majorada para 20% sobre o valor atualizado da causa.

Finalizando, as demais questões arguidas pelas partes ficam prejudicadas, segundo orientação do Superior Tribunal de Justiça, perfilhada pela Ministra Diva Malerbi, no julgamento dos EDcl no MS 21.315/DF, proferido em 08/06/2016, já na vigência CPC/2015: "*o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão (...), sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida*".

Pelo exposto, NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso de apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001952-29.2015.8.26.0565, da Comarca de São Caetano do Sul, em que é apelante JAIR QUIRELLI, é apelada SULAMÉRICA CIA. DE SEGURO SAÚDE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que

integra este acórdão. **(Voto nº 40.207)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI (Presidente sem voto), ELCIO TRUJILLO E SILVIA MARIA FACCHINA ESPÓSITO MARTINEZ.

São Paulo, 1º de outubro de 2018.

ARALDO TELLES, Relator

Ementa: Plano de saúde. Existência de título judicial que, em razão da extinção do contrato firmado na modalidade administração de benefícios, adotou como critério para a fixação das mensalidades a somatória da quantia que era descontada mensalmente do salário do apelante com a média dos gastos suportados pela ex-empregadora com seus funcionários ativos nos últimos 12 meses anteriores ao seu desligamento. Reajustes destas que devem acompanhar os índices divulgados pela ANS. Impossibilidade de se aplicar os negociados para o novo contrato, pelo sistema de pré-pagamento, cuja incidência foi expressamente afastada em julgamento anterior. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença que julgou improcedente a ação ajuizada por beneficiário de plano de saúde com pretensão ao afastamento de índice de reajuste anual de 16,76% em fevereiro de 2015, bem como do anunciado reajuste de 35%, os quais foram negociados entre a operadora e a General Motors do Brasil Ltda. (GM), sua ex-empregadora e estipulante do contrato, para a incidência do divulgado pela Agência Nacional de Saúde Complementar (ANS) para os contratos individuais de 9,65%.

Julgada improcedente sob o fundamento de que o plano de saúde é coletivo e, por isso, a ele não se aplicam os reajustes divulgados pela ANS para os contratos individuais, o vencido apela à Corte.

Insiste na tese de que seu plano de saúde, em razão do desligamento da empresa em que trabalhava, é individual, sem a intermediação do seu ex-empregador.

Há contrariedade e o preparo foi anotado.

É o relatório, adotado o de fls. 145.

O Acórdão da Apelação nº 0125465-74.2009.8.26.0011, originária da 9ª Câmara de Direito Privado (fls. 75/82), cujo trânsito em julgado ocorreu em

Acesso ao Sumário

23/01/2013, reconheceu o direito do apelante de ser mantido no mesmo plano de saúde que usufruía antes do seu desligamento da empresa GM (Plano Executivo I), mediante o pagamento integral do prêmio, afastando a incidência do *novo plano de saúde com mensalidade muito superior àquela por esse desembolsada quando em atividade laboral* por ser abusiva.

Estabeleceu, ainda, que *o prêmio a ser pago deve corresponder à somatória da quantia que já era descontada mensalmente de seu salário, com a média dos gastos suportados pela empregadora com seus funcionários ativos nos últimos 12 (doze) meses anteriores do desligamento do apelante, tudo a ser apurado em liquidação de sentença.*

Embora o aresto não tenha expressamente previsto, por interpretação lógica, apenas podem incidir os índices anuais divulgados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Com efeito, se o plano, na modalidade administração de benefícios, está extinto desde a celebração do novo contrato pelo de pré-pagamento, em março de 2011, cuja incidência foi expressamente afastada naquele julgamento, não há mais negociação anual de reajuste para aquele.

Assim, os índices de correção aplicáveis ao contrato do apelante apenas podem ser os oficiais divulgados pela ANS.

Vencida, a apelada deve arcar com todas as custas e despesas processuais, que, por equidade, arbitro em R$ 1.500,00.

Ante o exposto, pelo meu voto, proponho que dê provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0223949-39.2009.8.26.0007, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes QUITÉRIA PEROBA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), PEDRO MARTINS DAMACENO (JUSTIÇA GRATUITA) e PATRICIA BARBOSA MARQUES DAMACENO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ROSA MARIA VOLPI PIVA.

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 aos agravos retidos e deram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.422)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente sem voto), JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA e

Acesso ao Sumário

ANA MARIA BALDY.

São Paulo, 2 de outubro de 2018.

EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE, Relator

Ementa: Reivindicatória - Recurso da corré Quitéria - Revelia não impede o conhecimento no que toca às questões objeto de discussão em primeiro grau - Agravos retidos reiterados - Revelia - Reivindicatória não se confunde com possessória e não tem natureza dúplice - Reconvenção que não supre a falta de contestação - Efeitos da revelia, contudo, não se estendem às questões levantadas pelos corréus nem se sobrepõem ao conjunto probatório - Indeferimento de oitiva de testemunhas - Desnecessidade de mais provas - No mérito, preenchidos os requisitos da usucapião extraordinária, que não exige posse justa - Recurso dos corréus Patricia e Pedro - Deserção afastada pelo pedido de gratuidade judicial, ora concedida - Agravos retidos - Prejudicialidade quanto ao litisconsórcio passivo, por já concretizado - Prescrição aquisitiva que deve ser objeto de análise no mérito da lide - Prescrição extintiva inoponível a ação reivindicatória - Envio de ofícios às concessionárias de serviços públicos de água e eletricidade - Desnecessidade de produção de mais provas - No mérito, preenchidos os requisitos da usucapião especial - Caráter da posse por invasão que comporta alteração, demonstrada nos autos - Ânimo de dono bem configurado - Ação improcedente - Improvidos os agravos retidos, recursos providos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Ação reivindicatória julgada procedente e reconvenção extinta sem resolução de mérito pela r. sentença de fls. 988/990, de relatório adotado, para declarar o domínio da autora sobre o imóvel e determinar a expedição de mandado de imissão na posse.

Recorre a requerida Quitéria, reiterando os agravos retidos de fls. 882/886 e 929/937 e argumentando pela inexistência de revelia e pelo aproveitamento das alegações apresentadas pelos corréus Patricia e Pedro. No mérito, é forte na alegação de que adquiriu o imóvel por contrato verbal há mais de trinta

anos, tendo desde então mantido sua posse e construído casa no local, sendo improcedente a lide.

Recorrem também os corréus Patricia e Pedro, buscando a concessão de gratuidade judicial e reiterando os agravos retidos de fls. 891/897 e 922/924. Sustentam que ocupam o imóvel com ânimo de dono desde o ano 2000, preenchidos os requisitos da usucapião constitucional. Subsidiariamente, buscam indenização pelas benfeitorias realizadas no imóvel.

Recursos processados e respondidos (fls. 1.027/1.033), com preliminares de não conhecimento do recurso da apelante Quitéria em decorrência da revelia e de deserção quanto aos apelantes Patricia e Pedro.

É o relatório.

Cuida-se de ação reivindicatória por meio da qual pretende a autora a imissão na posse de imóvel de sua propriedade por força de formal de partilha, conforme fls. 52/66 e 68.

A r. sentença, anotando a propriedade do terreno pela autora, a revelia da requerida Quitéria, a invasão ocorrida há cerca de trinta anos no imóvel e a inexistência de ânimo de dono por parte dos corréus Patricia e Pedro, julgou procedente a demanda e prejudicada a reconvenção.

Inconformados, recorrem todos os requeridos.

A corré Quitéria reitera seus agravos retidos e, no mérito, busca o reconhecimento de usucapião.

De início, anoto que, de fato, foi decretada sua revelia.

E conforme lição de José Carlos Barbosa Moreira "*Se o réu permaneceu revel, evidentemente não discutiu coisa alguma; logo, na apelação do revel, só terão relevância as questões efetivamente apreciadas pelo juiz e aquelas que, não o tendo sido, caiba ao tribunal apreciar de ofício*" (José Carlos Barbosa Moreira *in* Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 13ª Ed., Vol. V, p. 449).

No caso, contudo, deve ser observada a extensão dos efeitos da revelia, que será tratada mais à frente, e a circunstância de que o recurso, além de reiterar agravo acerca da revelia em si, impugna questões efetivamente discutidas na lide, de forma que comporta conhecimento.

De rigor a análise dos agravos retidos reiterados.

Argumenta o agravo de fls. 882/886 que a reconvenção de fls. 827/832 supre a falta de contestação, bem como que a natureza dúplice da ação possessória é incompatível com os efeitos da revelia, que devem ser afastados.

Sem razão, contudo.

Primeiro, porque não há que se falar em ação possessória no caso. A ação reivindicatória tem natureza petitória, portanto não possui caráter dúplice.

Acesso ao Sumário

Segundo, porque a reconvenção não tem natureza de defesa e por isso não supre a contestação, prevalecendo a revelia, como entende este Tribunal de Justiça em situações semelhantes:

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE - Insurgência contra decisão que declarou a revelia do corréu Peter Gades, ora agravante, bem como indeferiu o seu pedido de Justiça Gratuita - Não acolhimento - Conquanto afirme que apresentou contestação, na verdade, o requerido apresentou apenas reconvenção, deixando de apresentar contestação - Ainda que devam ser apresentadas conjuntamente, por força do que estabelece o art. 343, do novo Código de Processo, contestação e reconvenção tratam-se de manifestações autônomas e de natureza jurídica diversa, dado que a primeira corresponde ao exercício do direito de defesa e a segunda do direito de ação - Correto o reconhecimento da revelia, nos termos do art. art. 344, do Código de Processo Civil - Ressalva-se que a falta de contestação acarreta apenas presunção relativa de veracidade dos fatos narrados na inicial, podendo ser infirmada pelos demais elementos dos autos, razão pela qual não acarreta a procedência automática dos pedidos formulados pelo autor - Justiça gratuita - Necessidade do benefício não comprovada - Pleito do benefício indeferido - Decisão mantida - Recurso desprovido.*" (AI 2216376-53.2017.8.26.0000, rel. Costa Netto, 9ª Câmara de Direito Privado, j. 22/05/2018)

"*ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA. Pretensão de supressão de vontade do vendedor falecido. Não comprovada a incapacidade mental do alienante. Desnecessidade de realização de prova pericial. Ausência de contestação implica revelia quanto aos fatos descritos na petição inicial, ainda que no prazo de resposta tenha sido ofertada reconvenção. Sentença confirmada. PRELIMINAR REJEITADA E RECURSO DESPROVIDO.*" (Ap. 0035141-22.2010.8.26.0005, rel. Paulo Alcides, 6ª Câmara de Direito Privado, j. 28/04/2016)

Bem configurada assim a revelia da apelante Quitéria.

Observo, contudo, a existência de contestação tempestiva por parte dos corréus Patricia e Pedro, aplicando-se o art. 320, I, do CPC/73, reproduzido pelo art. 345, I, do atual CPC, no que concerne às alegações trazidas naquela defesa.

Anoto ainda que já sob a vigência do diploma processual anterior prevalecia o entendimento de que a presunção relativa de veracidade que decorre da revelia não leva ao automático deferimento do pedido, que deve se amparar em elementos convincentes de credibilidade e ser condizente com o conjunto probatório dos autos.

Nesse sentido:

Acesso ao Sumário

"Na ação de consignação em pagamento, quando decretada a revelia, não será compulsória a procedência do pedido se os elementos probatórios constantes nos autos conduzirem a conclusão diversa ou não forem suficientes para formar o convencimento do juiz" (STJ-3ª T., REsp 749.468, Min. Nancy Andrighi, j. 29/11/2005). (Theotonio Negrão. Código de Processo Civil comentado e legislação processual em vigor. São Paulo: Saraiva, 42ª Ed., p. 922).

Esse posicionamento foi finalmente inscrito em lei no mesmo art. 345 do Novo CPC, em seu inc. IV.

Nesse quadro, a aplicação dos efeitos da revela deve respeitar tanto o limite das alegações dos corréus quanto o do conjunto probatório.

Dito isso, passo a apreciar o agravo de fls. 929/937, que se insurge contra o indeferimento do rol testemunhal intempestivo.

De fato, embora apresentados os dados das testemunhas da agravante depois de transcorrido o prazo determinado pelo d. magistrado, nenhum prejuízo haveria à parte autora ou ao trâmite da lide em seu acolhimento.

Ocorre que, sendo o juiz o destinatário da prova, já encerrada a instrução probatória e mais que suficiente para a solução da lide o conjunto probatório já existente nos autos, não há qualquer prejuízo também à agravante, como se verá.

Nesse quadro, fica improvido também este agravo retido.

No mérito, respeitado o entendimento do d. magistrado e observada a já referida limitação aos efeitos da revelia, tenho por configurada usucapião extraordinária em favor da apelante Quitéria.

Consta do art. 1.238 do Código Civil:

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

No caso em análise, a prova dos autos, em especial os depoimentos testemunhais de fls. 958 e 959, é clara quanto ao fato de que a apelante Quitéria habita o imóvel desde sua invasão, período superior a 30 anos, tendo edificado residência e agido com típico ânimo de dono.

Incontroversa ainda a inexistência de oposição por parte da autora durante todo esse período, reconhecida desde a petição inicial.

E não prejudica a posse ter se iniciado por invasão, como escreve Francisco Loureiro:

"A parte final do art. 1.238 diz que o usucapiente adquire a propriedade 'independentemente de título e boa-fé'. Dispensa o legislador a existência

Acesso ao Sumário

de uma causa jurídica que justifique a posse 'ad usucapionem', por se fundar a usucapião na posse e não no direito à posse. Mais ainda, admite-se que o possuidor usucapiente conheça os vícios que acometem sua posse. Disso decorre a posse injusta poder gerar usucapião, ao contrário do que afirma parte da doutrina. Remete-se o leitor aos comentários do art. 1.200 do Código Civil.

(...)

Questão a ser enfrentada é se a posse injusta pode ser 'ad usucapionem'. Alguns autores dizem que a posse deve convalescer, ou ter purgados os vícios, para gerar usucapião. Não é bem assim. As posses violenta e clandestina, na verdade, somente nascem quando cessam os ilícitos. Enquanto perduram, são simples detenção. O que se exige é que durante o prazo necessário à usucapião não haja atos violentos ou clandestinos, embora a posse seja injusta, porque sua causa inicial é ilícita. Prova intuitiva e maior disso é que, se alguém invadir com violência uma gleba de terras e, cessada a reação do esbulhado, permanecer por mais de quinze anos sem ser molestado, terá usucapião, apesar da injustiça original de sua posse." (Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência, coord. Cezar Peluso, 4ª ed., Barueri: Manole, 2010, pp. 1.214, 1.215 e 1.146)

Bem preenchidos os requisitos da usucapião, é improcedente a demanda em relação à requerida Quitéria.

Mantém-se prejudicada a reconvenção de fls. 827/830, que pretendia apenas o pagamento de indenização pelas acessões realizadas em caso de procedência da demanda.

Passo ao recurso dos corréus Patricia e Pedro, que também reiteram, inicialmente, dois agravos retidos.

Primeiro, observo que realmente não consta dos autos comprovante de recolhimento do preparo nem concessão do benefício da justiça gratuita.

Contudo, na petição de interposição os apelantes trazem pedido de concessão da gratuidade judicial, acostadas declarações de hipossuficiência monetária às fls. 1.010 e 1.011.

E análise do conjunto dos autos não afasta a presunção de veracidade de tais declarações.

Pelo contrário. O valor de aquisição do imóvel objeto da demanda, a falta de registro atual em carteira de trabalho e a própria assistência prestada pela Defensoria Pública apenas reforçam a alegação de incapacidade financeira.

Nesse contexto, fica deferido o benefício da justiça gratuita e afastada a alegação de deserção.

Superados esses pontos, passo aos agravos retidos.

Acesso ao Sumário

O primeiro, de fls. 891/897, argui litisconsórcio passivo necessário em relação à corré Quitéria e a prescrição extintiva decorrente de inércia dos proprietários por mais de 20 anos. Sustenta configurada ainda a usucapião urbana e busca a concessão de justiça gratuita.

Anoto, de início, já concretizada a participação da corré Quitéria na lide como litisconsorte passiva, bem como que a questão da gratuidade judicial já foi analisada. De outro lado, o tópico relativo à prescrição aquisitiva diz respeito ao mérito e será apreciado mais à frente.

No que toca à prescrição extintiva, não prospera o agravo retido.

Sobre o tema, escrevem Paolo Tadeu Haendchen e Rêmolo Letteriello:

"*Clóvis Beviláqua (Código Civil Comentado, v. 1, p. 505) já advertia que as ações reais extinguem-se nos prazos estabelecidos para o usucapião, porque o direito do adquirente elimina o do antigo titular. Não se concebendo, assim, a existência de um direito sem sujeito, não há como se defender a prescritibilidade da ação reivindicatória com fundamento no art. 205. A ação reivindicatória é imprescritível, admitindo-se, apenas, como diz Orlando Gomes (Direitos Reais, v. 2, p. 396), que o possuidor, quando presentes os pressupostos do usucapião, o alegue em defesa contra o antigo proprietário para elidir o pedido.*

A alegação de usucapião é apenas um óbice ao restabelecimento do direito de propriedade, violado pelo reconhecimento deste mesmo direito, fundado em posse, ao possuidor. Trata-se de uma desconstituição de uma situação pela constituição de outra nova. E Essa elisão só pode ocorrer se a parte alegar e provar a posse com tempo suficiente para adquirir o usucapião. Não pode o juiz, por isso mesmo, reconhecer a prescrição de ofício, ou mesmo a requerimento da parte, fundado no art. 205, assim como não pode, de ofício, alegando que o réu tinha posse há mais de quinze anos, reconhecer o usucapião, baseado em mera alegação deste, desacompanhada de qualquer prova. Essa circunstância demonstra que a ação é imprescritível. O que pode ocorrer, repetimos, é apenas uma elisão do pedido do proprietário, mediante o reconhecimento de um direito ao réu. O reconhecimento da prescrição aquisitiva, portanto, é que leva à declaração da prescrição extintiva. O direito de um elimina o do outro." (Ação reivindicatória: teoria e prática, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 34)

E assim já julgou este Tribunal de Justiça, em situação similar:

"*Apelação Cível. Ação reivindicatória. Escritura pública de cessão de direitos anulada por sentença judicial. Imóvel que retorna ao proprietário anterior. Arguição de haver decorrido o prazo prescricional a contar da data em que o domínio da área foi retomado, ou seja 20.05.1980. Ação*

ajuizada em 23.09.2005, quando já decorrido o prazo para o exercício do direito de ação. Processo extinto com o reconhecimento da prescrição. A ação reivindicatória é imprescritível. De rigor a anulação da sentença para que outra seja proferida após a devida instrução processual, a fim de evitar futuras alegações de cerceamento de defesa. Recurso provido para anular a sentença." (Ap. 0013057-86.2005.8.26.0624, rel. Silvério da Silva, 4ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, j. 06/08/2014)

Isto superado, passo ao agravo de fls. 922/924, que pleiteia o envio de ofícios à SABESP e à Eletropaulo para a demonstração da posse de seus antecessores no imóvel.

Embora efetivamente requerida a produção desta prova ainda em contestação, como já observado o juiz é destinatário da prova e, novamente, suficiente para a solução da lide o conjunto probatório já existente.

Inexistente prejuízo aos agravantes e desnecessária a produção de novas provas, nego provimento também a este agravo.

No que toca ao mérito da apelação, deve ser provido o recurso.

Isso porque é incontroversa e demonstrada nos autos a ocupação do imóvel, de pequena área, pelos apelantes desde novembro do ano 2000, com a celebração do "*Contrato Particular de Compromisso de Compra e Venda com Transferência de Direitos Possessórios*" de fls. 687/v.

E ainda que originalmente invadido o terreno na década de 80, a manutenção do caráter da posse é objeto de presunção relativa e pode ser afastada, sendo necessário que exista prova efetiva de sua alteração, nos termos dos arts. 492 do Código Civil de 1916 e 1.203 do CC/2002:

"Art. 1.203. Salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida."

Nesse sentido leciona, ainda, Benedito Silvério Ribeiro:

"*Finalmente, convém ressaltar que o Código Civil, em seu art. 1.203, dispõe: 'Salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida'.*

O caráter implica a variação do fato, pois sendo a posse de má-fé, não o será de boa-fé, da mesma forma que a direta não perderá essa qualidade.

No entanto, emergindo prova em contrário, patente estará a interversão, ou simplesmente inversão, a que os romanos denominavam 'mutatio causa de possessionis', consistindo na mudança da causa de possuir. O exercente de posse como inquilino não poderá transformar sua posse, a menos que não mais seja locatário, para daí passar a proprietário. A posse do credor anticresista, após o recebimento dos frutos da integralização da dívida, poderá ser convertida em posse com 'animus domini', não

interferindo o verdadeiro proprietário e desde que escoado o prazo necessário à incidência da prescrição aquisitiva." (Benedito Silvério Ribeiro, Tratado de Usucapião, V. 1, 8ª edição, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 746)

E nessa direção tem entendido este Tribunal de Justiça:

"*APELAÇÃO. USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA. Sentença de improcedência. Inconformismo da autora. Não acolhimento. Requisitos da prescrição aquisitiva, porém, que não estão presentes. Comodato havido entre patrão e empregado. Ausência de prova de que houve a alteração do caráter da posse. Manutenção da r. sentença. Negado provimento ao apelo*". (Ap. 0005050-86.2012.8.26.0066, rel. Viviani Nicolau, 3ª Câmara de Direito Privado, j. 25/02/2015)

"*Posse - Ação de interdito proibitório - Comodato - Superveniente aquisição do imóvel por entidade pública - Dação em pagamento - Caráter da posse.*

Salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida. Sendo precária, decorrente de comodato, assim, em princípio, se mantém.

O imóvel público é insuscetível de posse por particular.

A transferência do imóvel pelo poder público ao particular, por dação em pagamento de indenização, ocorre por inteiro, compreendendo domínio e posse.

Ação julgada improcedente. Recurso não provido."

(Ap. 0000041-65.1993.8.26.0663, rel. Itamar Gaino, 21ª Câmara de Direito Privado, j. 01/04/2013)

No caso dos autos, a transferência da posse do imóvel da pessoa de *José Barbeiro* para *Clari* (Karin), nos termos do depoimento testemunhal de fls. 958, e desta para os apelantes Patricia e Pedro, a título oneroso e com edificação residencial, denotam posse justa e nítido ânimo de dono por parte dos últimos.

Preenchidos assim os requisitos do art. 1.240 do Código Civil, deve ser julgada improcedente também a lide em relação aos corréus Patricia e Pedro.

Reformada a r. sentença, fica invertida a sucumbência, sob a sistemática do CPC/1973 vigente quando de sua publicação. Deve a autora arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, na proporção de metade para a requerida Quitéria e metade para os corréus Patricia e Pedro.

Diante do exposto, nego provimento aos agravos retidos e dou provimento aos recursos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1104270-30.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ERNANI TEDESCHI RESTAURANTE ME, é apelado TRIPADVISOR CONSULTORIA EM PUBLICIDADE DE VIAGENS E TURISMO LTDA.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32420)**

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

São Paulo, 9 de outubro de 2018.

EGIDIO GIACOIA, Relator

Ementa: APELAÇÃO - Obrigação de Fazer c/c Indenização por Danos Morais - Exclusão de perfil no site da empresa TripAdvisor - Improcedência - Manutenção. 1. Ilegitimidade passiva – Empresa ré que faz parte do mesmo conglomerado econômico da TripAdvisor LLC, com sede no exterior - Preliminar reavivada nas contrarrazões - Rejeição. 2. Mérito: Site réu que disponibiliza espaço para que os usuários manifestem opiniões, apresentem críticas, elogios e, inclusive, permite contato direto com o proprietário, desde que cadastrado - Transformações sociais atuais que repercutem diretamente no sistema informativo em seu conjunto a justificar a revisão dos critérios de classificação das informações pessoais - Doutrina a respeito - Ausência de anonimato na plataforma Tripadvisor - Usuários que podem ser perfeitamente identificados por meio de endereço de 'IP' desde que requerido judicialmente - Ausência de manifestação do autor neste sentido - Elementos dos autos a indicar que o autor, de fato, fez o cadastro no site como proprietário do Restaurante e aceitou os termos de uso e política de integridade de conteúdo - Site mantido pela empresa ré que prioriza os direitos do consumidor à informação nos limites da Carta

Acesso ao Sumário

Magna - Hipótese dos autos em que não demonstrado abuso de direito de manifestação - Inviabilidade de responsabilização da requerida, sob pena de afronta ao art. 220 da CF - Dano Moral não configurado. Decisão Mantida. Honorários advocatícios majorados (CPC, art. 85, § 11). RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Trata-se de ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais ajuizada por Ernani Tedeschi Restaurante - ME (Villa Favorita - Cozinha Artesanal Italiana) em face de TripAdvisor Consultoria em Publicidade de Viagens e Turismo Ltda.

A r. sentença de fls. 267/270, proferida pela Magistrada **PRISCILA BITTAR NEVES NETTO** e aclarada a fls. 284, cujo relatório adoto, julgou improcedentes os pedidos, condenando o autor no pagamento das custas e honorários advocatícios fixados em R$ 2.000,00.

Irresignado, recorre o autor (fls. 286/300) alegando, em apertada síntese, que ingressou com a presente ação para imediata retirada do nome do estabelecimento comercial "Villa Favorita - Cozinha Artesanal Italiana" da rede social privada TripAdvisor pois referido site nunca teve autorização explícita para expor o nome do aludido estabelecimento comercial em seu domínio digital. Ademais, o site réu foi conivente com diversos ataques à honra do estabelecimento autor. Discorre sobre a harmonização das normas constitucionais em conflito, apontando que o art. 5º, inc. IV, da Constituição Federal veda o anonimato. Afirma que relato anônimo tem potencial de impossibilitar eventual utilização da resposta proporcional ao agravo. Alega que há precedente em caso de jornalista que em seu perfil da internet promoveu ataque a Ministro do Supremo Tribunal Federal imputando cumplicidade do crime de estupro. Assim, entende ser inimaginável o "poder" de um usuário do site réu, que não tem necessidade de se identificar. Aponta que os documentos 02/04 demonstram que inexiste qualquer identificação dos "avaliadores" usuários do site do réu, revestindo-se de verdadeiro anonimato. Indica ser extremamente necessária a reforma da sentença sob pena de grave ofensa ao texto constitucional, visto que os usuários do site se valem do anonimato para promover ataques ao autor e a seu estabelecimento comercial, o que em nenhum momento se assemelha à liberdade de expressão. Aduz que a ré opera verdadeira rede social privada, porque os usuários dessa plataforma têm total liberdade para expressar seus argumentos sem que a ré faça qualquer avaliação desse conteúdo antes da efetiva publicação. Insiste que restou demonstrado nos autos que o site réu tem modo operacional idêntico ao Facebook. E em caso análogo,

Acesso ao Sumário

após uma simples notificação extrajudicial do autor, o Facebook removeu todas as páginas do estabelecimento (fls. 244 e ss). Reforça que não pleiteou a censura de comentários realizados por terceiros sobre seu estabelecimento comercial, vez que o próprio Poder Público disponibiliza, sem fins lucrativos, ferramentas online de compartilhamento de informações (consumidor.gov, procon.gov.br). Já o site Tripadvisor é destinado, única e exclusivamente, a prestação de serviços de publicidade, auferindo lucro com a captação de propaganda de outras marcas e com comissionamento na venda de pacotes de hotéis e serviços. Afirma que se empenhou ao máximo para retirada do conteúdo difamatório do site do réu, que não aceitou suas alegações nem seus requerimentos. E há comentários acusando o autor de quase ter matado cliente ao servir comida estragada intencionalmente, o que não pode ser considerado como exceção mesmo diante de tantas outras avaliações positivas. E basta um comentário mentiroso ou criminoso proferido por anônimos, na maioria das vezes por seus próprios concorrentes visando a queda do ranking do estabelecimento, para que a honra e imagem do autor sejam abaladas. Reforça tratar-se de pequeno restaurante tocado apelas pelo autor e uma funcionária, e jamais foi autorizado a qualquer pessoa física ou empresa privada a sua divulgação. E por ser um pequeno restaurante, as imagens do autor e do estabelecimento comercial se confundem, e qualquer comentário acaba refletindo na pessoa do autor, que é um micro empresário (MEI). Afirma que não tem intenção de cercear a liberdade de expressão de ninguém, tanto que existem diversos sites, blogs, perfis de redes sociais, etc, onde há inúmeras citações ou comentários sobre o restaurante do autor. Mas nestes casos, os domínios pertencem aos seus autores, que são responsáveis pelo que lá está escrito. E no site da ré a situação é completamente diferente pois não se pode identificar o avaliador. E qualquer tentativa de contato com o avaliador somente acontece através do site. Com isso, o estabelecimento não consegue acionar diretamente a pessoa para responsabilizá-la pelo comentário publicado no site. Aponta violação ao direito da personalidade e ao direito de propriedade, alegando que a ré aufere lucro mediante a exposição da imagem dos estabelecimentos que figuram em seu site, todos sem prévia autorização. Requer: 1. Seja o réu obrigado a proceder à exclusão definitiva do nome da marca e da imagem do restaurante do autor "Villa Favorita Cozinha Artesanal Italiana" constante no site da empresa ré, com aplicação de multa diária para descumprimento; 2. Seja o réu condenado ao pagamento de danos morais por sua responsabilidade solidária, nos termos do Marco Civil da Internet, nos crimes praticados contra a honra e imagem do autor, bem como contra a reputação do seu estabelecimento, em valor a ser arbitrado pelo Judiciário; e 3. Seja o réu condenado ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais de 20% sobre a condenação.

Acesso ao Sumário

Recurso tempestivo e preparado a fls. 301/302.

Contrarrazões a fls. 305/339 pelo improvimento do recurso. Afirma

que o site TripAdvisor possui importante função social de divulgação de informações aos consumidores, sendo considerado um dos maiores sites de viagens do mundo, onde viajantes recebem opiniões, comentários, dicas e informações para planejarem suas viagens. O principal objetivo é o compartilhamento de experiências, sendo que de forma absolutamente gratuita todos os estabelecimentos turísticos abertos ao público estão listados no website e são avaliados pelos usuários de acordo com suas experiências. E tentando ser o mais completo possível, o TripAdvisor recebe sugestões de estabelecimentos por meio dos viajantes, dos proprietários dos negócios e por meio de pesquisa independente feita pela própria TripAdvisor. Reforça que os anúncios dos estabelecimentos permanecem disponíveis no site durante o tempo em que o estabelecimento estiver aberto ao público, mesmo que seus donos não concordem com o seu conteúdo, exemplificando que a Torre Eiffel, a Praia de Copacabana e o Grand Canyon - todos locais públicos - estão listados no site. Esclarece ser possível que o dono do estabelecimento comercial se inscreva como "proprietário registrado" (registered owner), sendo obrigado a aceitar expressamente todos os termos e condições do web site. E o Sr. Ernani Tedeschi, através do e-mail (endereço eletrônico constante no texto original) cadastrou-se como proprietário registrado, aceitando expressamente todos os termos e condições disponíveis para os usuários do site (Política de Privacidade, Termos de Uso e Política de Integridade de Conteúdo). E quando usou o site em benefício próprio, incluindo fotos do restaurante, respondendo diretamente comentários negativos, denunciando conteúdo em desacordo com os termos de uso do site, o Sr. Ernani estava satisfeito com a plataforma do TripAdvisor e a listagem do Villa Favorita. Agora, somente porque acredita que eventuais comentários negativos não são de seu agrado, quer a todo custo censurar os direitos de seus clientes de compartilhar suas opiniões sobre o restaurante. Ressalta que no mundo inteiro, em todas as jurisdições em que o site TripAdvisor está disponível, a empresa nunca foi judicialmente compelida a remover um perfil de estabelecimento, mas apenas comentários efetivamente fraudulentos ou injuriosos. E a avaliação impugnada pelo autor reflete mera crítica de consumidor do restaurante, não havendo qualquer ilicitude. Aduz que cerca de 95% das avaliações do restaurante são extremamente positivas e que todas emanam da liberdade de expressão e direito de crítica. Quando muito, o autor poderia pleitear a exclusão de comentários e avaliações que ofendam objetivamente sua honra e imagem, o que de forma alguma é o caso dos autos. A exclusão do perfil do restaurante consistiria em violação dos princípios constitucionais e implicaria em verdadeira censura, estimulando outros estabelecimentos que não concordassem com as avaliações dos usuários a pleitear também a remoção de perfis. Aponta que a função social do site TripAdvisor em muito se assemelha ao papel desempenhado pelos sites "reclamequi" e "consumidor.gov", os quais não

Acesso ao Sumário

permitem que os estabelecimentos solicitem sua exclusão. Colaciona precedentes desta Câmara envolvendo site que exerce a função social equiparada a dos autos (Reclame Aqui). Afirma, ainda, inexistir anonimato no site TripAdvisor, sendo certo que a quebra do sigilo de dados do usuário necessita de ordem judicial, o que não foi pedido pelo apelante. E todos os seus usuários são perfeitamente identificáveis por meio do endereço de IP. Afirma que, na hipótese dos autos, ainda que houvesse pedido para identificação dos usuários, os requisitos para tanto previstos no Marco Civil da Internet não estariam presentes uma vez que os comentários não são ilícitos mas, sim, meras críticas de consumidores. Inclusive isso já foi reconhecido por esta Câmara no julgamento do Agravo de Instrumento tirado contra a decisão liminar. Aponta comportamento contraditório do próprio apelante pois alega que vem sendo avaliado desde 17/12/2013 possuindo diversas avaliações muito positivas contra apenas 3 muito negativas. Então, enquanto os usuários elogiavam o restaurante, o autor estava satisfeito com o site e se beneficiava das recomendações dispostas no TripAdvisor. E com a inclusão de pouquíssimos comentários negativos decidiu solicitar a exclusão. Quanto à alegação de utilização indevida da marca "Villa Favorita", destaca que o apelante não possui qualquer registro ou pedido de registro de tal marca perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial INPI (fls. 195/196). Também não se pode falar em indenização por danos morais pois a avaliação impugnada não tem capacidade de causar abalo à honra objetiva do restaurante, e sequer há provas de que a credibilidade do autor tenha sido abalada ou que tenha perdido clientes. Ademais, o provedor somente pode ser responsabilizado por eventuais danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros depois do descumprimento de ordem judicial específica. E esta Câmara deu provimento ao Agravo de Instrumento interposto pela TripAdvisor para afastar a liminar que determinava a remoção. Reitera, por fim, sua ilegitimidade passiva pois não é proprietária, responsável ou administradora do site TripAdvisor, cuja responsável é a empresa estrangeira TripAdvisor LLC. Requer a manutenção da sentença, prequestionando os dispositivos legais indicados.

Petição do autor a fls. 361/369 juntando documentos classificados como "novos", trazendo aos autos reportagens e matérias jornalísticas.

Nova petição do autor a fls. 390/398 juntando "mais documentos novos".

Petição da empresa ré TripAdvisor a fls. 426/435 se manifestando acerca dos documentos trazidos pelo autor.

Memoriais do autor juntados a fls. 438/463.

É o relatório.

A irresignação recursal não merece prosperar, *data venia*.

A empresa autora (Ernani Tedeschi Restaurante - ME) ingressou com a presente ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais em

Acesso ao Sumário

face de Tripadvisor Consultoria em Publicidade de Viagens e Turismo Ltda. objetivando a exclusão definitiva do nome, da marca, da imagem e de todo o conteúdo relacionado ao restaurante "Villa Favorita - Cozinha Artesanal Italiana" constante no site da empresa ré, com aplicação de multa diária para descumprimento, bem como a sua condenação ao pagamento de danos morais em valor a ser arbitrado pelo Juízo.

O pedido, como já consignado, foi julgado improcedente pela r. sentença de fls. 267/270, mantida pelos embargos de declaração de fls. 284.

Pois bem.

Antes de mais nada, a preliminar de ilegitimidade passiva reavivada nas contrarrazões não merece prosperar.

Como bem observou a d. Magistrada, "***A requerida faz parte do mesmo conglomerado econômico que a TripAdvisor LLC, com sede no exterior, estando caracterizada a pertinência subjetiva da demanda com a aplicação da teoria da aparência***" - fls. 268.

Aliás, essa preliminar já foi rejeitada por esta C. 3ª Câmara de Direito Privado no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2233837-09.2015.8.26.0000, tirado contra a decisão liminar, onde restou consignado que "***... a agravante Tripadvisor Consultoria em Publicidade de Viagens e Turismo Ltda. atua, inegavelmente, como extensão das empresas que integram o grupo econômico Tripadvisor - comporto pela controladora Tripadvisor LCC e pelas controladas Tripadvisor UK Holdco Limited e Tripadvisor Limites, dentre muitas outras empresas -, representado seus interesses em nosso país***" - (cf voto do Relator Sorteado - anoto que neste particular a decisão foi unânime).

Superada a questão, fundamentalmente indaga-se a respeito do direito de a ré TripAdvisor manter em seu site o nome do Restaurante autor, sujeitando-o a avaliações de seus usuários, mesmo diante da discordância do estabelecimento comercial e de seu representante legal.

Veja-se que o principal fundamento utilizado pelo autor para justificar a pretendida retirada do nome de seu restaurante do site da ré seria a absoluta falta de autorização explícita para tanto, bem como a impossibilidade de identificação dos usuários que, eventualmente, poderiam inserir avaliações negativas a seu respeito de molde a permitir a respectiva responsabilização pelo comentário publicado.

Em princípio, necessário, então, perquirir a respeito da natureza do site TripAdvisor que, dentre suas atividades, caracteriza-se pelo aspecto nitidamente comercial, na medida em que se beneficia de propaganda direta (anúncios) ou indireta (número de acessos à pagina virtual).

Neste contexto, numa análise perfunctória, quer nos parecer que o autor, como estabelecimento comercial, não estaria obrigado a aceitar a sua exposição

Acesso ao Sumário

no site, sujeitando-se a todos os tipos de avaliações (positivas ou negativas).

Entretanto, atualmente estamos passando transformações sociais que repercutem diretamente no sistema informativo em seu conjunto a justificar a revisão dos critérios de classificação das informações pessoais.

Segundo lições de STEFANO RODOTÁ: "***Os problemas da privacidade, a essa altura, devem ser alçados a uma dimensão que leve em conta os dois tipos de estímulos anteriormente ilustrados. Estes indicam, substancialmente, a existência de um profundo processo de revisão dos critérios de classificação das informações pessoais, segundo uma escala de valores renovada, na qual deveria ser garantido o máximo de opacidade às informações susceptíveis de originar práticas discriminatórias e o máximo de transparência àquelas que, referindo-se à esfera econômica dos sujeitos, concorrem para embasar decisões de relevância coletiva.***" - (A Vida na Sociedade da Vigilância - A privacidade hoje - Organização de MARIA CELINA BODIN DE MORAES, Renovar/2008, p. 35).

Sobre o tema "A privacidade entre o indivíduo e a coletividade", leciona o renomado autor citado:

"***As novas dimensões da coleta e do tratamento de informações provocaram a multiplicação de apelos à privacidade e, ao mesmo tempo, aumentaram a consciência da impossibilidade de confinar as novas questões que surgem dentro do quadro institucional tradicionalmente identificado por este conceito.***" - (Obra citada, p. 23).

E continua:

"***Parece claro que esse processo de revisão hoje é diretamente condicionado pela avançada transformação do sistema informativo em seu conjunto, da qual o tratamento das informações através de computadores constitui somente uma parte.***"

"***A tendência a ser seguida é clara: qualquer que seja o ponto de vista considerado, o problema não pode ser reduzido às suas fronteiras tradicionais e se dilata na dimensão coletiva.***" - (Obra citada, pp. 35 e 37).

Na hipótese dos autos, o TripAdvisor é uma plataforma onde os usuários podem manifestar opiniões, apresentar críticas, elogios e, inclusive ter contato direto com o proprietário, caso este último tenha se cadastrado como tal.

O site réu tem por objetivo o compartilhamento de experiências entre os usuários a respeito de hotéis e acomodações, restaurantes, atrações turísticas, que podem ser bastante úteis aos demais interessados.

Importante salientar que, pelas regras do site, é permitido a qualquer usuário inserir o nome de um estabelecimento comercial e, a partir de então, podem ser incluídas experiências vivenciadas naquele local, que podem ser de caráter positivo ou negativo.

E a despeito do que alega o recorrente, não se constata existência de anonimato no TripAdvisor. Isto porque, como bem reconhecido pela própria requerida, todos os seus usuários podem ser perfeitamente identificados por intermédio do endereço de 'IP' (fls. 325).

Aliás, o próprio Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) exige em seu art. 15 que os provedores de aplicações de internet deverão manter os respectivos registros de acesso pelo prazo de seis (6) meses.

Assim, caso o apelante pretenda identificar o autor de comentários poderá requerer a quebra dos sigilos dos dados armazenados pelo provedor por meio de ordem judicial. Em caso de não fornecimento dos dados, a apelada poderia até mesmo ser responsabilizada.

Saliente-se que, na hipótese em julgamento, o autor sequer fez pedido de quebra dos sigilos de dados, não podendo vir a alegar que os usuários do site TripAdvisor se valem do anonimato.

Por outro lado, de acordo com as provas dos autos, o autor acabou sendo incluído no site em dezembro de 2013, a partir do que lhe foi permitido se inscrever como "proprietário registrado" (*registered owner*), quando então é obrigado a aceitar todos os termos e condições do website.

Segundo alegações do réu em contestação, o Sr. Ernani Tedeschi, através do e-mail (endereço eletrônico constante no texto original), efetivamente se cadastrou como proprietário registrado, momento em que aceitou todos os termos e condições da plataforma.

Essa alegação, contudo, não restou diretamente impugnada pelo autor. Veja-se que em sua réplica de fls. 205/222, mesmo tendo dedicado todo um tópico e várias laudas a respeito ("III.1 - DO CADASTRO AO SITE E SUAS AVALIAÇÕES" - fls. 215/220), o autor deixou de esclarecer de forma clara, direta e objetiva se, de fato, efetuou ou não o cadastro no site como proprietário do restaurante, o que lhe permitiria participar da plataforma com inserção de fotos do restaurante, etc e, inclusive, responder às críticas ou comentários dos usuários.

Registre-se, por importante, que a fls. 282 dos autos o próprio autor colaciona documento a indicar que teve acesso à tela de resposta ao usuário "edspag", que havia feito um comentário negativo sobre o estabelecimento, no qual consta que a mensagem de resposta teria sido enviada por "Ernani T".

Este documento, aliado à falta de impugnação específica, corrobora a alegação da ré de que o autor, de fato, fez o cadastro no site TripAdvisor, momento em que aceitou todos os seus termos, chegando, inclusive a utilizá-lo inserindo fotos do restaurante, requerendo remoção de postagens e respondendo a críticas dos usuários.

Desta forma, uma vez cadastrado, o autor permaneceu no site TripAvisor

Acesso ao Sumário

por aproximadamente um ano e meio, sendo avaliado desde Dezembro/2013, contando com quase 200 avaliações muito positivas contra apenas 03 negativas.

Anote-se que em consulta ao site TripAdvisor, atualmente o Restaurante autor possui 415 avaliações, sendo 95% delas "excelente" e "muito bom", com apenas 5% de indicações "razoável", "ruim" e "horrível".

Ademais, a plataforma Tripadvisar possibilita ao proprietário cadastrado a inclusão de fotos do estabelecimento, o direito de reposta aos comentários, bem como a denúncia de conteúdo em desacordo com os termos de uso do site.

Fundamentalmente, sites como o da ré acabam por priorizar o direito do consumidor à informação. Como bem reconhecido pela r. sentença ***"... as avaliações são realizadas pelos consumidores dos serviços avaliados e representam uma forma de manifestação de pensamento (art. 5º, inc. IV, da CF), além de fomentarem a livre iniciativa e a concorrência (art. 170, 'caput' e inc. IV da CF), uma vez que estimulam o aprimoramento dos concorrentes ao realizarem análise positivas e negativas" - (sentença - fls. 269)***.

Pondere-se que tais manifestações, desde que não abusivas, não podem experimentar qualquer restrição, sob pena de malferir o art. 220 da Constituição Federal: "***A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.***"

Cabe aqui reforçar a existência do sistema de freios e contrapesos, onde o autor, caso se sinta lesado por alguma das postagens inseridas no site réu, poderá solicitar judicialmente a quebra do sigilo dos dados para identificação do usuário, permitindo a propositura de eventual ação indenizatória, bem como a exclusão da própria postagem, o que será analisado caso a caso pelo Judiciário.

Veja-se, aliás, que o caso em exame assemelha-se a sites como o "Reclame Aqui", hipótese em que este E. Tribunal já deixou deitou vozes:

> "***APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO ILÍCITO. Insurgência contra sentença que julgou improcedente a ação de obrigação de fazer que objetiva a exclusão de publicações em nome da autora, postadas na página da internet mantida pela ré, bem como a abstenção de inclusão de novas postagens.***
>
> ***1. Preliminares recursais. Não conhecimento do recurso por irregularidade formal. Descabimento. Cumprimento das disposições do art. 514, inciso II e III, CPC. Fundamentos do apelo bem evidenciados. Razões expostas na peça recursal que se mostram suficientes para a demonstração do interesse da recorrente na reforma da sentença. Ilegitimidade passiva. Preliminar bem afastada pela sentença. A pretensão da autora cinge-se a conduta que somente pode ser realizada pela ré, qual seja, a retirada de publicações do site mantido pela última. Pertinência subjetiva da***

Acesso ao Sumário

demanda que se mostra patente. Recurso conhecido.

2. Impossibilidade de exercício pleno do direito de resposta. Alegação da autora de que, por ser prestadora de serviços de cirurgia plástica, não pode exercer plenamente o direito de resposta em face do sigilo médico. Descabimento. Exercício regular de direito. Não há necessidade de abertura do sigilo médico para o exercício do direito de resposta que, pelas provas constantes nos autos, foi disponibilizado a contento pela requerida. O site mantido pela empresa ré prioriza o direito do consumidor à informação dentro dos parâmetros constitucionalmente fixados, não sendo suficientes as afirmações da autora, desprovidas de qualquer demonstração, para ilidir a conclusão. A página mantida pela empresa ré abre espaço para que consumidores insatisfeitos manifestem-se a respeito dos serviços e produtos experimentados. Por outro lado, atendendo ao princípio constitucional do direito de resposta, abre o mesmo espaço para que os fornecedores respondam às reclamações efetuadas. Não restou demonstrado que houve qualquer abuso de direito por parte da requerida, a ensejar sua responsabilização e a retirada das publicações em nome da autora da página que mantém. Sentença mantida. Recurso desprovido." - (Ap. nº. 0147306-47.2012.8.26.0100, Rel. Des. CARLOS ALBERTO SALLES, j. em 08/10/2013).

"***OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Reclamação no site 'RECLAME AQUI'. O site mantido pela empresa ré apenas disponibiliza espaço para o acolhimento de reclamações de consumidores, priorizando o direito do consumidor à informação dentro dos parâmetros constitucionais. A página mantida pela empresa ré abre espaço para que consumidores insatisfeitos manifestem-se a respeito dos serviços e produtos experimentados e, abre o mesmo espaço para que os fornecedores respondam às reclamações efetuadas, atendendo o direito de resposta. Ausência de avaliação por parte do recorrido sobre o conteúdo da reclamação. Eventual queixa falsa ou inverídica deve ser cobrada daquele que a formulou. Não restou demonstrado que houve qualquer abuso de direito por parte da requerida, a ensejar sua responsabilização e a retirada das publicações em nome da autora da página que mantém. Liberdade de manifestação do pensamento que é assegurado pelo art. 220 da Constituição Federal. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.***" - (Ap. nº. 1063755-50.2015.8.26.0100, Rel. Des. BERETTA DA SILVEIRA, j. em 17/10/2016).

"***AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Sentença de improcedência. Ação proposta em face de publicações de reclamações de consumidores pelo site 'Reclame aqui'. Data da Distribuição: 18/10/2011; Valor da causa: R$ 17.000,00. Apela a autora insistindo que a empresa apelada veicula "pseudo reclamações" em seu 'site', sem critério de investigação; sustenta***

Acesso ao Sumário

ser a apelada, responsável pelas informações divulgadas em seu site; contesta a idoneidade das informações divulgadas no site, e o fato de ser a elas submetida, sem direito ao contraditório; afirma que a empresa faz um verdadeiro juízo de valor quando dá conceito e nota às empresas que ali figuram como reclamadas; insiste que seu nome seja excluído do site, e pugna indenização por dano moral no valor de R$ 30.000,00. Descabimento. Ofensa à honra. Não caracterização. Ausência de elementos autorizadores a ensejar a proteção do instituto jurídico requerido. Exercício regular de direito manifestado através de website, no site www.reclameaqui.com.br. Direito à informação, dentro dos patamares constitucionais, em prestação de serviço à comunidade. Demanda improcedente. Recurso improvido." - (Ap. nº. 0000993-85.2011.8.26.0704, Rel. Des. JAMES SIANO, j. em 05/09/2012).

"***APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO ILÍCITO. Insurgência contra sentença que julgou improcedente a ação de obrigação de fazer que objetiva a exclusão de publicações em nome da autora, postadas na página da internet mantida pela ré, bem como a abstenção de inclusão de novas postagens.***

1. Preliminares recursais. Não conhecimento do recurso por irregularidade formal. Descabimento. Cumprimento das disposições do art. 514, inciso II e III, CPC. Fundamentos do apelo bem evidenciados. Razões expostas na peça recursal que se mostram suficientes para a demonstração do interesse da recorrente na reforma da sentença. Ilegitimidade passiva. Preliminar bem afastada pela sentença. A pretensão da autora cinge-se a conduta que somente pode ser realizada pela ré, qual seja, a retirada de publicações do site mantido pela última. Pertinência subjetiva da demanda que se mostra patente. Recurso conhecido.

2. Impossibilidade de exercício pleno do direito de resposta. Alegação da autora de que, por ser prestadora de serviços de cirurgia plástica, não pode exercer plenamente o direito de resposta em face do sigilo médico. Descabimento. Exercício regular de direito. Não há necessidade de abertura do sigilo médico para o exercício do direito de resposta que, pelas provas constantes nos autos, foi disponibilizado a contento pela requerida. O site mantido pela empresa ré prioriza o direito do consumidor à informação dentro dos parâmetros constitucionalmente fixados, não sendo suficientes as afirmações da autora, desprovidas de qualquer demonstração, para ilidir a conclusão. A página mantida pela empresa ré abre espaço para que consumidores insatisfeitos manifestem-se a respeito dos serviços e produtos experimentados. Por outro lado, atendendo ao princípio constitucional do direito de resposta, abre o mesmo espaço para que os fornecedores respondam às reclamações efetuadas. Não restou demonstrado que houve qualquer abuso de direito por

Acesso ao Sumário

parte da requerida, a ensejar sua responsabilização e a retirada das publicações em nome da autora da página que mantém. Sentença mantida. Recurso desprovido." (Ap. nº. 0147306-47.2012.8.26.0100, Rel. Des. CARLOS ALBERTO SALLES, j. em 08/10/2013).

Com efeito, a veiculação pela internet, em princípio, é livre. No entanto, incumbe ao prudente arbítrio do magistrado analisar eventuais reclamações, equacionando a livre manifestação de pensamento com o respeito à privacidade, em clara aplicação do sistema de freios e contrapesos.

No caso concreto, mesmo os comentários negativos não extrapolaram os limites do direito a liberdade de expressão dos usuários, pelo que não há que se falar em dano moral indenizável.

Note-se que a postagem indicada na petição inicial, feita pelo usuário "edspag" (que, diga-se de passagem, parece já ter sido excluída do site), limitou-se a afirmar que, a despeito do que constava no cardápio, o restaurante autor não utilizava o "funghi porcini italiano" (fls. 28).

Ora, não se verifica qualquer excesso ou ilegalidade dessa avaliação negativa inserida no site da ré, valendo observar que sequer foram utilizadas expressões vexatórias ou ofensivas.

Na verdade, a postagem insere-se dentro do direito de crítica e livre manifestação de pensamento e expressão.

E o autor teve amplo direito de resposta dentro da própria plataforma do site réu, onde poderia ter esclarecido não só ao usuário "edspag" como a todos os demais usuários (uma vez que a resposta ficaria visível a todos) que, de fato, servia no estabelecimento fungui de procedência italiana, tal como comprovou inclusive por notas fiscais de importador.

Como bem observou a d. Magistrada na r. sentença, essa providência seria muito mais útil e esclarecedora aos usuários do que a exclusão de todo o perfil do restaurante (fls. 269).

Por tudo isso, não há mesmo que se falar em exclusão do perfil do restaurante autor e, menos ainda, em condenação da empresa ré no pagamento de indenização por danos morais.

Assim, fica integralmente mantida a r. sentença.

E, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, ficam os honorários advocatícios em favor do patrono da requerida majorados de R$ 2.000,00 para 2.500,00.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1030669-12.2016.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante CAMPCENTER COMÉRCIO E SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO LTDA., é apelado GIBSON INNOVATIONS DO BRASIL INDÚSTRIA ELETRÔNICA LTDA.

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 32589)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAIA DA ROCHA (Presidente), SILVEIRA PAULILO e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 7 de agosto de 2018.

MAIA DA ROCHA, Relator

Ementa: EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL - Embargos do devedor - Duplicata - Inicial instruída com recibo de entrega das mercadorias e instrumentos de protesto - Título liquido, certo e exigível, apto a embasar execução extrajudicial - Precedentes jurisprudenciais - Embargante que não se desincumbiu do ônus probatório quanto às alegações de novação e excesso de execução - Sentença mantida - Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 838/841, cujo relatório se adota, que rejeitou os embargos da devedora e condenou-a ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da execução.

Aduz a apelante para a reforma do julgado que as partes realizaram novação com relação ao débito representado pelas duplicatas que embasam a execução, conforme instrumento particular de confissão de dívida, e que embora não tenha sido assinado, é comprovado através de e-mails a sua celebração e o cumprimento da obrigação, em razão do pagamento de R$ 200.000,00, além da devolução em produtos do estoque da recorrente o importe de R$ 490.705,11 e R$ 1.607.183,48 referente ao pagamento de lucros cessantes; defende a ocorrência de excesso de execução; sustenta a ausência de comprovação de

Acesso ao Sumário

entrega das mercadorias.

Recurso tempestivo, preparado e com contrarrazões.

É o relatório.

Conforme se depreende dos autos, trata-se de execução de duplicata de compra e venda de mercadorias, sendo certo que a documentação apresentada pela exequente, é o que basta.

De há muito pacificou-se em nossos pretórios o entendimento de que a duplicata sem aceite é apta a embasar a execução quando acompanhada de instrumento de protesto e de documento comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria, constituindo, nessas condições, título líquido, certo e exigível.

A propósito do tema, confira-se:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROTOCOLO INTEGRADO. REVOGAÇÃO DA SÚMULA N. 256/STJ. DUPLICATA SEM ACEITE. PROTESTO E COMPROVANTE DE ENTREGA DE MERCADORIAS. COMPROVAÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 83/STJ.

1. (..)

2. (..)

3. A duplicata sem aceite, protestada e acompanhada dos comprovantes de entrega de mercadoria é título executivo extrajudicial hábil à instauração do processo de execução. Precedentes.

4. (..)

5. (..)

6. Agravo regimental provido para negar provimento ao agravo de instrumento. (AgRg no Ag 1118574/SP, AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2008/0244092-9, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Quarta Turma, julgado em 27/04/2010).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. TÍTULO EXTRAJUDICIAL DUPLICATA. AUSÊNCIA DE ACEITE. COMPROVANTE DE ENTREGA DAS MERCADORIAS OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

1. "É cabível execução por título extrajudicial contra a Fazenda Pública" (Súmula 279).

2. A duplicata sem aceite reclama protesto e prova da prestação do serviço ou entrega de mercadoria para configurar título executivo extrajudicial, ante a ratio essendi da Súmula 248/STJ. Precedentes do STJ: REsp 448.627/GO, DJ 03.10.2005; REsp 770.403/RS, DJ 15.05.2006

Acesso ao Sumário

e REsp 427.440/TO, DJ 16.12.2002).

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EDcl no REsp 898852/SP AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL 2006/0238745-2, Relator ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.11.2008).

PEDIDO DE FALÊNCIA. FALTA DE ACEITE. AUSÊNCIA DE PROVA DA REMESSA DA DUPLICATA AO SACADO. TRIPLICATA PROTESTADA E ACOMPANHADA DA PROVA DA ENTREGA DA MERCADORIA. TÍTULO HÁBIL.

- Constitui título executivo, hábil a instruir o pedido de falência, a triplicata protestada e acompanhada da prova de entrega da mercadoria, sendo dispensável a comprovação formal da remessa da duplicata ao sacado para aceite, o qual se presume em face da não devolução pelo devedor. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 228637/SP, 4ª Turma, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, 18/03/2004, DJ 07.06.2004 p. 229).

Com efeito, a inicial da execução foi instruída com os títulos não pagos, formalmente perfeito, representativo da dívida. Foram juntados comprovantes de entrega das mercadorias assinados e instrumento de protesto lavrado regularmente, conforme fazem provas as xerocópias dos documentos de fls. 19/117 da execução de origem (processo nº 1026336-17.2016.8.26.0114).

O protesto da duplicata por falta de pagamento, acompanhado da comprovação de entrega de mercadorias, é suficiente, pois, para caracterização da impontualidade, sendo dispensável o aceite do título.

Também nos termos da Lei nº 5.474/68, admite-se a execução fundada em duplicata ou triplicata não aceita e não devolvida, desde que haja sido protestada, mediante indicação do credor ou do apresentante do título, acompanhado, o instrumento de protesto, de qualquer documento comprobatório da remessa ou da entrega da mercadoria, e o sacado não tenha, comprovadamente, recusado o aceite, no prazo, nas condições e pelos motivos previstos na lei (art. 15, § 2º, com a redação dada pela Lei nº 6.458/77).

Já se decidiu que "o protesto por indicação da duplicata não depende da preexistência física do título e de sua apresentação nessa espécie ao sacado" (cf. Apelação Cível nº 118.055-4/0, rel. Des. Aldo Magalhães, 9ª Câmara de Direito Privado, julg. 14.12.99, v.u.).

Consoante se depreende do art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.492/97, "Poderão ser recepcionadas as indicações a protestos das Duplicatas Mercantis e de Prestação de Serviços, por meio magnético ou de gravação eletrônica de dados, sendo de inteira responsabilidade do apresentante os dados fornecidos, ficando a cargo dos Tabelionatos a mera instrumentalização".

Acesso ao Sumário

Por conseguinte, não prospera a tese de ausência de comprovação de entrega das mercadorias.

De igual forma, não se desincumbiu a embargante do seu ônus probatório quanto à ocorrência de novação e do excesso de execução.

Assim, a dinâmica articulada não saiu do terreno da penumbra, em desserviço à convicção plena e afirmativa, com infração ao art. 373 do CPC.

> *O artigo 333, fiel ao princípio, reparte o ônus da prova entre os litigantes, da seguinte maneira: I - ao autor incumbe o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, o de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Cada parte, portanto, tem ônus de provar os pressupostos fáticos do direito que pretenda seja aplicado pelo juiz na solução do Litígio. (...) Por outro lado, de quem quer que seja o ônus probandi, a prova, para ser eficaz, há de apresentar-se como completa e convincente a respeito do fato de que deriva o direito discutido no processo. Falta de prova e prova incompleta equivalem-se, na sistemática processual do ônus da prova.*[1]

Como bem asseverou o d. Juízo "a quo":

> *Os embargos à execução são improcedentes.*
>
> *Os títulos executivos que lastreiam a ação de execução objeto destes embargos são hígidos.*
>
> *Embora o embargante alegue que não há comprovante de recebimento em todas as folhas das notas fiscais que são compostas de mais de uma folha, de fato, conforme alega o embargado, a Lei não obriga que sejam assinadas todas as vias para que seja considerado o recebimento integral das mercadorias.*
>
> *É que a nota fiscal é documento único, somente emitido em mais folhas por ausência de espaço físico para todos os produtos em uma única folha. Ademais, sequer há quaisquer ressalvas apostas nas notas a ensejar alguma dúvida quanto ao recebimento das mercadorias.*
>
> *Assim, presentes os requisitos para que fossem levadas a protesto, virtualmente, por indicação.*
>
> *Quanto á alegação de existência de novação e quebra do compromisso de regionalização, trata-se de matéria já julgada na indigitada ação que correu perante a 11ª Vara Cível de São Paulo, tornando-se a matéria preclusa.*
>
> *Também não demonstrou contabilmente a embargante que os valores já pagos (R$200.000,00 e R$ 490.705,11 em mercadorias devolvidas) não teriam sido abatidos do valor ora impugnado fazendo parte do valor*

1 - Curso de Direito Processual Civil, Humberto Theodoro Júnior, 16ª edição, p. 454/456, Editora Forense, São Paulo, 1996.

Acesso ao Sumário

global que se executa, sendo este ônus que lhe incumbia.

Assim, hígidos os títulos constantes da ação de execução, tem-se que são improcedentes os presentes embargos.

Sob os aspectos acima mencionados, de rigor a manutenção da r. sentença guerreada tal como foi lançada.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003683-90.2017.8.26.0597, da Comarca de Sertãozinho, em que é apelante EQUIPALCOOL SISTEMAS LTDA. e apelada INDÚSTRIA PROCESS ENGINEERING LTDA. (massa falida).

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 30281)**

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

São Paulo, 17 de agosto de 2018.

GRAVA BRAZIL, Relator

Ementa: Embargos de terceiro - Improcedência - Inconformismo - Não acolhimento - Pedido de cancelamento de leilão de bem imóvel, em relação a dois bens móveis que, em princípio, estão nele inseridos e um deles averbado na respectiva matrícula - Impossibilidade - Ausência de provas que demonstrem o efetivo domínio sobre um dos bens - Em relação ao outro, verifica-se que este não está inserido na matrícula do imóvel leiloado e nem há notícia de que a constrição ou ameaça de direito efetivamente o atingiu - Ausência de interesse - Rejeição dos embargos preservada - Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

I - Trata-se de sentença que rejeitou embargos de terceiro. Confira-se fls. 94/95.

Inconformada, alega a embargante que restou comprovado que no imóvel de matrícula 7.001 (Rua Onofre, n. 213) funcionava um conglomerado de empresas, conforme documentos emitidos pela JUCESP. Aduz, outrossim, que adquiriu a balança de 60 toneladas da empresa GF Metalúrgica, sem qualquer ilegalidade, mediante pagamento e emissão de notas fiscais, com autorização, inclusive, da Secretaria da Fazenda. Destaca, ainda, que desconhecia o fato de que o bem móvel em questão estaria averbado junto à matrícula do bem, como parte integrante do imóvel. Por tal razão, não averbou a compra na matrícula. Afirma, também, que a propriedade do pórtico rolante foi comprovada, conforme nota fiscal a fl. 18. Ressalta, ainda, que o i. Juízo *a quo* não considerou os comprovantes de pagamento juntados, pois, não se atentou ao fato de que estes foram feitos na modalidade pagamento estrutural, isto é, vários pagamentos em um único ato. Requer, por fim, a reforma da r. sentença, a fim de tornar sem efeito o leilão designado com seu efetivo cancelamento em relação aos maquinários mencionados (fls. 97/103).

O preparo não foi recolhido, em razão da gratuidade (fls. 34), sendo o recurso contrarrazoado (fls. 130/135).

O apelo foi inicialmente distribuído à D. 32ª Câmara de Direito Privado, que, em julgamento relatado pelo i. Des. Ruy Coppola, determinou a remessa do recurso à 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial (fls. 138/142), em razão de prevenção.

O Ministério Público opinou pelo não provimento do recurso (fls. 147/150).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, o recurso fica, neste ato, recebido.

É o relatório, adotado, quanto ao mais, o da sentença apelada.

II - A apelante ajuizou a demanda, em junho de 2017, aduzindo, em síntese, que é proprietária de dois bens (balança com capacidade para 60 toneladas e pórtico rolante e trilhos) instalados em bem imóvel, que, porém, foi levado à leilão. Por tal razão, pleiteou: (i) a expedição de mandado de manutenção de posse dos bens; (ii) o cancelamento do leilão e, subsidiariamente, (iii) o cancelamento do leilão somente em relação aos bens de sua propriedade.

O i. Julgador de piso rejeitou os embargos de terceiro, ante a conclusão de que "no que toca à balança de 60 toneladas, além de pertencer à massa falida desde 22 de abril de 1980, como faz prova a matrícula do imóvel (fls. 58/62), não há prova da alegada aquisição, eis que os documentos juntados pelo embargante, quais sejam, termo de quitação e relatório de despesas (fls. 69/74 e 75/78), foram produzidos unilateralmente, sem qualquer reconhecimento de firma, o que poderia comprovar a data confecção. E mais e principalmente: não há prova do pagamento pela aquisição" e que "quanto à 'ponte rolante pórtico', descrito a fls. 91, indicada na nota fiscal nº 153, emitida pela massa falida em

Acesso ao Sumário

04/01/2010 (fls. 18), observa-se que tal bem não guarda qualquer relação com o bem descrito na matrícula no imóvel (fls. 58/62)".

O inconformismo não comporta acolhida.

Da análise dos autos, verifica-se que, diferentemente do que alega a apelante, não há documentos hábeis a demonstrar que a balança de 60 toneladas seria de sua propriedade.

A respeito, a fim de comprovar a suposta compra desse bem, a apelante juntou cópia de nota fiscal (fl. 19) cujo emitente não é a apelada, mas, sim, a empresa GF Metalúrgica LTDA.

Ocorre que, de acordo com a matrícula do imóvel designado a leilão (fls. 58/62), o bem em questão (balança) pertence à apelada, desde 1980, não havendo nos autos qualquer indício de que esse bem teria sido vendido pela apelada à empresa GF Metalúrgica LTDA.

Logo, por mais que a apelante tenha juntado, em sede recursal, nova cópia de nota fiscal com autorização da Secretaria da Fazenda (fl. 100), não há como se afirmar que o bem é de sua propriedade, uma vez que este se encontra averbado no registro do imóvel, como sendo de titularidade de terceiro e não há averbação da aquisição por quem o alienou em favor da apelante, a legitimar a revenda demonstrada na aludida nota fiscal.

Ademais, não parece crível que a apelante, na condição de sublocatária do imóvel, desconhecia o fato de que um equipamento de 60 toneladas, que diz ser de sua propriedade, estaria averbado junto à matrícula do imóvel, como parte dele integrante.

Ainda que assim não se entenda, a aquisição desse bem (balança), conforme salientado pela r. sentença, também não restou bem demonstrada, considerando que o termo de quitação e o relatório de despesas juntados pela apelante foram produzidos unilateralmente e não há o reconhecimento de firmas (fls. 69/74 e 75/78).

Desse modo, não havendo elementos de prova que confirmem o regular domínio da apelante sobre a balança, a proteção almejada nos embargos de terceiro não prospera.

Da mesma forma, sem razão a apelante, ao requerer o cancelamento do leilão, em relação ao pórtico rolante, equipamento este que também diz ser proprietária.

Isso porque, conforme bem observado pelo i. Juízo *a quo*, "tal bem não guarda qualquer relação com o bem descrito na matrícula no imóvel".

Não bastasse a ausência de registro do pórtico na matrícula do imóvel levado a leilão, não há notícia de que a constrição efetivamente atingiu esse bem (por exemplo, a embargante poderia ter juntado o laudo de avaliação do imóvel objeto do leilão, para demonstrar que o pórtico também seria atingido pelo leilão

Acesso ao Sumário

judicial).

Aliás, aparentemente, o edital acostado a fls. 58/62 não revela que esse bem teria sido alcançado pelo ato de constrição.

A apelante, portanto, carece de interesse de agir, em relação a esse bem, a viabilizar o manejo dos embargos de terceiro, nos termos do art. 674, do CPC.

Em conclusão, fica mantida a rejeição dos embargos de terceiro e, como consectário legal (art. 85, § 11, do CPC), os honorários advocatícios ficam reajustados, de 10% para 12% do valor da causa.

III - Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso. É o voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1092461-72.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante DE NIGRIS DISTRIBUIDORA DE VEÍCULOS LTDA., é apelado GC ESTACIONAMENTOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso e determinaram a remessa dos autos para redistribuição. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.547)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCILA TOLEDO (Presidente) e JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO.

São Paulo, 28 de agosto de 2018.

VICENTINI BARROSO, Relator

Ementa: COMPETÊNCIA RECURSAL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO - Pretensão a que a ré seja compelida a proceder retirada de veículo de sua concessionária e pagamento de estadia - Discussão que gira em torno de negócio jurídico (contrato de depósito), que tem por objeto coisa móvel corpórea - Competência afeta à 25ª a 36ª Câmaras (Resolução nº 623/2013, art. 5º, III.14) - Recurso não conhecido, determinada redistribuição.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. A sentença de fls. 212/214, de relatório adotado e com embargos de declaração rejeitados (fl. 237), julgou parcialmente procedente ação de obrigação de fazer e indenização movida pela apelante à apelada, para condenar esta a retirar o veículo da concessionária daquela, sob pena de incidência de multa diária de R$2.000,00 até o limite de R$60.000,00 - arcando a ré com custas, despesas processuais e honorários advocatícios de R$2.000,00.

Diz-se que em virtude de não haver sido autorizada a execução de serviço pela ré em seu veículo, a autora enviou telegrama para que o mesmo fosse retirado de seu estabelecimento, permanecendo aquela inerte. Por esse motivo, foi requerida a condenação da apelada na obrigação de fazer consistente na retirada do veículo de sua oficina, além do pagamento de diária de estadia no valor de R$100,00, por ter permanecido, indevidamente, em suas dependências. Demais, foi compelida a guardar em seu estabelecimento comercial um veículo sem nenhuma finalidade plausível e justificável, conservando-o com cuidado e diligência, sendo que essas obrigações eram exclusivas da apelada, na condição de proprietário legítimo do bem. Assim, ao contrário do entendimento do Juízo, seu pedido para pagamento de diárias foi, sim, fundamentado e o dano está configurado, pois está sendo privada de utilizar parte de seu espaço, para o desenvolvimento de suas atividades comerciais o que, certamente, lhe causa prejuízo de ordem financeira. Pede reforma da sentença (fls. 219/226).

Veio resposta (fls. 240/244).

É o relatório.

2. Não se conhece do recurso. Da leitura da petição inicial da ação (fls. 01/05), constata-se que se trata de ação de obrigação de fazer, em que a autora pleiteia que a ré seja compelida a proceder a retirada de veículo de sua concessionária, bem como, para que a condene a pagar valores referentes ao período em que o veículo ficou parado em sua oficina.

Como sabido, o pedido inicial define a competência (artigo 103 do Regimento Interno).

Acesso ao Sumário

Assim, a esta Câmara falta competência recursal. Por aplicação da Resolução nº 623/2013, deste Tribunal, art. 5º, III.14, a matéria se insere na competência de uma das Câmaras dentre a 25ª e 36ª, **verbis**:

> "III - Terceira Subseção, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:
>
> (...)
>
> III.14 - Ações que versem **sobre a posse, domínio ou negócio jurídico que tenha por objeto coisas móveis, corpóreas e semoventes;" (g.n.).**

A respeito - **mutatis mutandis**:

"Competência. Ação de condenação à obrigação de fazer e ao pagamento de estadias de veículo. Improcedência. Competência para a demanda que é atribuída a uma das Câmaras da subseção de Direito Privado deste Tribunal de Justiça de São Paulo numeradas de 25 a 36. Resolução 623/2013, artigo 5º, inciso III, item III.14. Não conhecimento da apelação, com ordem de remessa dos autos à redistribuição." (Apelação nº 1048682-70.2017.8.26.0002, 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, relator Des. Sebastião Flávio, j. em 26/04/2018);

"Competência recursal. Ação obrigação de fazer cumulada com cobrança. Despesas com estadia de veículo em pátio particular. Negócio jurídico envolvendo depósito de bem móvel. Matéria relativa à competência da 25ª a 36ª Câmaras de Direito Privado do Tribunal de Justiça nos termos elencados no art. 5º III.14 da Resolução 623/2013, desta Egrégia Corte. Recurso não conhecido, com determinação de redistribuição." (Apelação nº 1001993-63.2016.8.26.0596, 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, relator Des. Jairo Oliveira Junior, j. em 26/03/2018);

"Competência recursal - Ação de cobrança - Despesas com estadia de veículo em pátio particular - Responsabilidade contratual - Negócio jurídico envolvendo depósito de bem móvel - Matéria relativa à competência da 25ª a 36ª Câmaras de Direito Privado do Tribunal de Justiça nos termos elencados no art. 5º III.14 da Resolução 623/2013, desta Egrégia Corte - Recurso não conhecido, com determinação de redistribuição." (Apelação nº 1000625-53.2017.8.26.0638, 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, relator Des. Henrique Rodriguero Clavisio, j. em 11/12/2017).

Por fim, importante consignar que anterior distribuição, a esta Câmara, de agravo de instrumento relativo ao mesmo processo (agravo de instrumento nº 2228369-93.2017.8.26.0000 - fls. 206/208) não fixa prevenção, pois prevalente o critério em razão da matéria, conforme a jurisprudência pacífica deste Tribunal, ilustrada pelos seguintes julgados - **mutatis mutandis**:

"COMPETÊNCIA RECURSAL - AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO - ARRENDAMENTO MERCANTIL - MATÉRIA QUE NÃO SE INSERE NA COMPETÊNCIA DESTA COLENDA CÂMARA - PREVENÇÃO INEXISTENTE EM RAZÃO DE AGRAVO JULGADO PELA 23ª CÂMARA DE DIRIETO PRIVADO - COMPETÊNCIA ABSOLUTA EM RAZÃO DA MATÉRIA QUE TORNA INAPLICÁVEL A REGRA DO ART. 102, DO REGIMENTO INTERNO DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL - DETERMINADA A REMESSA A UMA DAS CÂMARAS DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO III QUE TÊM COMPETÊNCIA PREFERENCIAL (ART. 5º, III, ITEM "10", DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013, DO ÓRGÃO ESPECIAL) - RECURSO NÃO CONHECIDO." (Apelação nº 0008533-57.2013, 23ª Câmara de Direito Privado, Rel. Paulo Roberto de Santana,

Acesso ao Sumário

j. 15/10/2014).

"Competência recursal. Execução de título extrajudicial. Matéria de competência preferencial da Segunda Subseção de Direito Privado do TJSP. Resolução nº 623/2013 da Presidência do TJSP, art. 5º, II.3. Recurso anterior julgado por esta Câmara. Irrelevância. Incompetência material. Prevenção inocorrente. Inaplicabilidade do art. 105 do RITJSP. Precedentes do Grupo Especial da Seção de Direito Privado e do Órgão Especial do Tribunal de Justiça. Recurso não conhecido, determinada a redistribuição." (Apelação nº 0119712-34.2007, 25ª Câmara de Direito Privado, Rel. Walter Cesar Exner, j. 16/10/2014).

"COMPETÊNCIA RECURSAL - Ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. reparação de danos morais - 'Contrato de financiamento direto ao consumidor' - Existência de relação jurídica entre as partes - Matéria da competência da Seção de Direito Privado, da 11ª à 24ª, 37ª e 38ª Câmaras, nos termos do art. 5º, II.4, d Resolução 623/2013 do Tribunal de Justiça - Prevenção gerada pelo julgamento, por este Relator, de recurso de agravo anterior que não pode prevalecer sobre a competência em razão da matéria - Inaplicabilidade do artigo 102 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça Precedentes do C. Órgão Especial - Recurso não conhecido, com determinação de redistribuição a uma daquelas Câmaras." (Apelação nº 0066617-87.2010, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Paulo Eduardo Razuk, j. 14/10/2014).

3. Pelo exposto, não se conhece do recurso, determinada redistribuição.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0029297-40.2008.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante RICARDO AMATO RUAS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ITAÚ UNIBANCO 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: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.903)**

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

São Paulo, 4 de setembro de 2018.

SÉRGIO RUI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Cobrança. Expurgos inflacionários. Cumprimento de sentença. Insurgência do autor

em relação aos cálculos apresentados por Contador Judicial. Analisa-se o recurso sob a égide do CPC/73, porquanto a r. sentença restou publicada em data anterior à vigência do novel diploma. Alegações insuficientes para a desconsideração do quantum apurado em seu favor. Cálculos efetuados em consonância com os percentuais determinados na r. sentença e confirmados na r. decisão monocrática que julgou a apelação (fls. 80/82). Decisão mantida. Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de ação de cobrança - em fase de cumprimento de sentença - ajuizada por Ricardo Amato Ruas em face do Itaú Unibanco S/A - julgada extinta, com fundamento no artigo 794, inciso I, do CPC.

Reivindica-se - em síntese - a reforma da r. sentença para modificação do cálculo efetuado pela Contadoria Judicial, incidindo, à hipótese, juros de mora de 1% a contar da citação.

Recurso recebido e devidamente processado. Contrarrazões a fls. 169/172.

É o relatório.

No caso em comento, analisa-se o recurso sob a égide do CPC/73, porquanto a r. sentença restou publicada em data anterior à vigência do novel diploma.

Nessa ideação, anotam-se os termos do Enunciado administrativo n. 2: "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça".

O recurso não comporta provimento.

Cuida-se de ação de cobrança de expurgos inflacionários - ajuizada pelo apelante em face da instituição financeira em julho de 2008 - que colheu decreto de procedência e restou confirmada em segundo grau.

Iniciada a fase de execução, foram apresentados cálculos pela Contadoria Judicial a fls. 134/138.

Houve manifestação das partes a fls. 148, 152/153.

Sobreveio o r. **decisum** e a lide restou extinta ante o pagamento da obrigação - fls. 155.

Pois bem.

O recurso não merece prosperar.

Acesso ao Sumário

Malgrado entendimento em contrário, conforme se extrai do parecer técnico contábil homologado pelo Juízo **a quo**, os cálculos ali apresentados estão corretos, pois realizados de acordo com os parâmetros estabelecidos na r. sentença de primeiro grau e na r. decisão monocrática de fls. 80/82.

Outrossim, percebe-se, **ictu oculi**, a incidência de juros (remuneratórios de 0,5%) e moratórios, na fração de 1%, à luz do artigo 406 do Código Civil (fls. 133/138).

Destarte, as frágeis alegações do apelante são incapazes de demonstrar desacerto na r. decisão fustigada.

Nesse sentido:

LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA - AÇÃO DE COBRANÇA - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - HOMOLOGAÇÃO DO LAUDO DO PERITO JUDICIAL - TRABALHO EM CONFORMIDADE COM ACÓRDÃO PASSADO EM JULGADO - RECURSO IMPROVIDO (TJSP; Agravo de Instrumento 2235623-20.2017.8.26.0000; Relator: Matheus Fontes; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/01/2018; Data de Registro: 30/01/2018).

Impugnação ao cumprimento de sentença. Acolhimento em 1º grau. Decisão mantida. Preliminar de não conhecimento do recurso. Rejeição, à luz do disposto no art. 475-M, §3º, do C.P.C. de 1.973. Cálculos elaborados que estão em conformidade com o título judicial executado. Apelo desprovido. (TJSP; Apelação 0014034-79.2007.8.26.0019; Relator: Campos Mello; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Foro de Americana - 1ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 20/10/2016; Data de Registro: 11/11/2016).

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DE AÇÃO DE COBRANÇA DE EXPURGO INFLACIONÁRIO DO COGNOMINADO PLANO VERÃO - DIFERENÇA DECORRENTE DA INFLAÇÃO EFETIVAMENTE APURADA PARA O MÊS DE JANEIRO DE 1989 E A INFLAÇÃO APONTADA OFICIALMENTE PARA ESSE MÊS. SENTENÇA QUE HOMOLOGOU O CÁLCULO APRESENTADO PELO PERITO JUDICIAL, APRESENTANDO DIFERENÇA COBERTA PELO DEPÓSITO JUDICIAL EFETUADO ANTERIORMENTE PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EXECUTADA. APELAÇÃO DE AMBAS AS PARTES, REDIGIDAS EM TOM GENÉRICO SEM ENFRENTAR OS TÓPICOS DA DECISÃO E APONTAR AS ESPECIFICIDADES DO CASO CONCRETO. INADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS. (TJSP; Apelação 0002541-42.1997.8.26.0218; Relator: Alberto Gosson; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guararapes - 1ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 03/03/2016; Data de Registro: 15/03/2016).

Via de consequência, prestigia-se o deslinde do feito, cujos fundamentos se adotam como razão de decidir, na dicção do artigo 252 do RITJSP.

Acesso ao Sumário

Por tais razões, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000088-60.2018.8.26.0270, da Comarca de Itapeva, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, são apelados HELI RODRIGUES DE MORAES e MARIA DE CAMARGO MORAES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 22432)**

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

São Paulo, 4 de setembro de 2018.

LUCILA TOLEDO, Relatora

Ementa: PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS - EXIBIÇÃO DE SLIPS, REFERENTES AO FINANCIAMENTO DE CRÉDITO RURAL - SITUAÇÃO EXCEPCIONAL - NECESSIDADE DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS INDIVIDUALIZADOS, PARA INGRESSAR COM AÇÃO DE EXECUÇÃO PERANTE À JUSTIÇA FEDERAL, EM DECORRÊNCIA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA INTERESSE PROCESSUAL DEMONSTRADO

HONORÁRIOS DE ADVOGADO - AÇÃO CAUTELAR JULGADA PROCEDENTE SUCUMBÊNCIA DO APELADO - ARBITRAMENTO EM 10% DO VALOR DA CONDENAÇÃO - R$ 1.000,00 - MODERAÇÃO - VERBA MANTIDA - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO CONFIGURADA - SENTENÇA PROCEDENTE - NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO

Acesso ao Sumário

VOTO

O apelante insurge-se contra sentença a fls. 106, cujo relatório adoto, que julgou procedente o pedido e determinou a exibição integral dos documentos indicados na petição inicial, no prazo de quinze dias, sob pena de multa diária de R$ 200,00, limitada a R$ 10.000,00, além do pagamento de honorário de advogado em 10% do valor da condenação.

Entende que não estaria presente o interesse de agir da parte autora, por ausência de recusa da instituição financeira na apresentação extrajudicial dos documentos.

Pede a redução dos honorários de advogado e reforma da decisão.

Em contrarrazões, a parte apelada sustenta lisura e pede a condenação do banco nas penas por litigância de má-fé.

É o relatório.

Os autores ingressaram com ação de produção antecipada de provas para ver exibido em juízo os "SLIPS" referentes aos contratos de nºs 86/00076-5, 86/50510-6, 86/00086-2 e 86/50182-8, alegando necessitar da documentação para requerer o cumprimento de sentença na ação civil pública nº 1999.01.00.000821-4, em curso perante a Justiça Federal do Distrito Federal.

Não se olvida que os artigos 381 e seguintes, do Código de Processo Civil, admitem a produção antecipada de prova, a ser ajuizada como ação autônoma em que a parte objetiva o acesso à documentação relacionada ao direito alegado.

No caso, o interesse processual se faz presente, por se tratar de situação excepcional.

Somente com os documentos pleiteados em mãos, os autores poderão analisar a pertinência para ingressar com eventual ação de cumprimento de sentença.

E o documento juntado a fls. 41, demonstra que os apelados formularam pedido administrativo, recebido pelo preposto da instituição financeira, para obtenção dos documentos e que o mesmo não foi atendido em tempo razoável pelo banco réu.

Em razão da sucumbência, tem-se que os honorários, arbitrados em 10% do valor da condenação de R$ 10.000,00, nos termos do §2º, do artigo 85, do Código de Processo Civil, totalizando R$ 1.000,00 são condizentes com o trabalho realizado pelo patrono dos apelados, de modo que não comporta maior redução.

Por fim, não há que se falar em litigância de má-fé, uma vez que a conduta do banco réu não se amolda às hipóteses do artigo 80, do Código de Processo Civil.

Pelo meu voto, **nego provimento** ao recurso.

Acesso ao Sumário

Em razão da interposição de recurso, majoro os honorários de advogado em prol do patrono dos autores, de R$ 1.000,00 para R$ 1.500,00.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1007422-16.2017.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SELMA MONTIN (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados BANCO BRADESCARD S.A. e C & A MODAS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 5353)**

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

São Paulo, 5 de setembro de 2018.

JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA, Relatora

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO - Golpe do motoboy - Sentença de improcedência - Apelação da autora - Compras realizadas por falsário com o uso de dois cartões de crédito da autora - Aprovação de operações em valor que foge ao histórico regular de gastos - Falha na prestação de serviços - Reconhecimento, por outro lado, de parcela de culpa da autora ao entregar indevidamente as "tarjetas" a terceiro - Descuro na adoção de medidas de cautela razoavelmente esperadas da correntista - Hipótese de culpa concorrente, nos moldes do art. 945 do Código Civil, até o prejuízo equivalente ao limite do cartão de crédito - A partir daí o excesso deve ser suportado exclusivamente pelos requeridos - Banco que, ao ampliar o limite de crédito sem consultar a cliente e ao ignorar os fortíssimos indícios de fraude, passou a ser, além de negligente, também imprudente e único responsável pelo prejuízo adicional - Não prospera o

Acesso ao Sumário

pedido de acionamento do seguro total contratado para o cartão Visa - Além de inexistir prova nos autos de que a denominada "proteção total" se trate de seguro contra fraudes, eventual indenização poderá ser requerida pela autora nas vias extrajudiciais - Lesão moral não configurada - Ausência de comprovação de que houve a negativação indevida do nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito - Requerente que não despendeu expressivos valores para fazer frente a gastos por ela não efetivados - Situação vexatória e constrangedora não verificada - Sentença reformada em parte - APELO DA AUTORA PROVIDO EM PARTE.

VOTO

Trata-se de ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização por danos morais e materiais proposta por SELMA MONTIN contra BANCO BRADESCARD S.A. e C&A - MODAS.

A autora narra que: 1. é possuidora de dois cartões de crédito fornecidos pela Loja de Departamentos C&A, sendo um com bandeira Visa (4282.67**.****.7037) e outro com bandeira Mastercard (5185.44**.****.0062), que são administrados pela instituição financeira ré; 2. em 11.07.2016, recebeu ligação em que o interlocutor se identificou como funcionário do banco réu e, em posse de várias informações pessoais, questionou-a sobre a realização de compras supostamente fraudulentas em ambos os cartões; 3. na mesma oportunidade, negou as referidas operações e foi comunicada de que os cartões deveriam ser cortados ao meio e colocados em um envelope lacrado, a ser posteriormente retirado por um portador do banco que iria até sua residência; 4. não forneceu as suas senhas pessoais para ninguém; 5. desconfiando da abordagem, acionou o departamento financeiro da loja C&A, que lhe comunicou que fora vítima de estelionato popularmente conhecido como "golpe do motoboy"; 6. requereu imediatamente o bloqueio dos cartões; 7. o ilícito lhe acarretou prejuízo material no montante de R$ 6.100,12, referente a compras feitas em curto intervalo e totalmente incompatíveis com o seu padrão de gastos, além de tarifa cobrada para ampliação do limite de crédito; 8. paga seguro proteção que cobre a ocorrência noticiada; 9. o banco réu permanece enviando novas faturas de cobrança com as compras realizadas, acrescidas de juros, multa, IOF e correção no valor total de R$ 13.176,92; 10. seus dados foram inseridos nos cadastros de proteção ao crédito.

Pleiteou ao final: a) a declaração de inexistência dos débitos no importe

Acesso ao Sumário

total de R$ 13.176,92; b) a condenação pelos danos morais, no importe correspondente "*ao dobro dos danos materiais sofridos*" (R$ 26.353,84); c) a exclusão de seu nome do rol de inadimplentes; d) o acionamento do seguro total contratado.

Às fls. 138/140, o douto Juízo *a quo* deferiu a tutela de urgência para que "*a parte ré se abstenha de efetuar restrição ou se o fez, que exclua em 48 horas, relativamente ao débito em questão até o desfecho da lide, sob pena de multa diária de meio salário mínimo durante 30 dias*".

A r. sentença de fls. 391/393 rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva da corré C&A - Modas e julgou improcedente o feito por entender que "*a culpa foi exclusiva da vítima*". Por conseguinte, revogou a liminar outrora deferida e condenou a autora ao enfrentamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da causa, ressalvada a gratuidade judiciária.

A autora recorre às fls. 395/415, aduzindo: (i) a falha na prestação dos serviços dos réus, notadamente porque as transações impugnadas extrapolaram o seu limite de crédito; (ii) que o seu nome foi protestado no 2º Ofício de Registro Civil de Brasília, conforme fls. 389/390; (iii) a liminar outrora concedida foi desrespeitada, o que demonstra má-fé.

Contrarrazões às fls. 430/433 e fls. 434/438.

É o relatório.

Como bem reconhecido pela r. sentença, a corré C&A - Modas deve permanecer no polo passivo desta demanda declaratória de inexigibilidade de débito cumulada com indenização decorrente da má prestação de serviços no fornecimento de cartões de crédito que ostentam a sua marca, ainda que administrados pelo banco réu.

Deveras, todos que integram a cadeia de fornecimento do financiamento bancário disponibilizado por meio de cartão de crédito respondem solidariamente pelas condenações advindas da prestação defeituosa dos serviços. **Afinal**, o consumidor não é obrigado a perquirir quem é o responsável ou não pelos danos causados pelo descumprimento dos contratos entabulados.

O inconformismo da autora vinga em parte.

Com efeito, falhou o banco na prestação de seus serviços ao não detectar a patente discrepância entre o feitio das compras efetuadas por estelionatários e o padrão de consumo de sua cliente.

Ora, é cediço que as instituições financeiras dispõem de setores antifraude voltados à inibição de ilícitos variados, encetados por golpistas. Esses departamentos são incumbidos da análise do perfil dos titulares dos cartões e do monitoramento de possíveis transações que se mostrem incompatíveis com a utilização regular.

Acesso ao Sumário

No caso em tela, contudo, observa-se que o setor de segurança do réu, injustificadamente, não acusou as suspeitas transações tratadas na exordial.

Tais operações consistiram em seis compras em cada cartão de crédito, em repetidos estabelecimentos, todas feitas em 11.07.2016 e 12.07.2016, (fls. 67 e 56). Para facilidade de conferência, colaciona-se tabela abaixo ilustrando as transações impugnadas:

Cartão C&A Visa Internacional n. 4282.67**.****.7037 (fls. 67)			
Data	**Local**	**Parcelas**	**Valor**
11.07.2016	IZ*Palloma Leocadio BA	02	R$ 247,50
11.07.2016	Jesse Lima	02	R$ 400,00
11.07.2016	IZ*Palloma Leocadio BA	02	R$ 749,50
12.07.2016	Pão de Açúcar - LJ 1291	0	R$ 195,00
12.07.2016	772 SP Nova Cantareira	03	R$ 55,15
12.07.2016	Jesse Lima	02	R$ 275,00

Cartão C&A Mastercard Nacional n. 5185.44**.****.0062 (fls. 56)			
Data	**Local**	**Parcelas**	**Valor**
11.07.2016	IZ*Palloma Leocadio BA	02	R$ 550,00
11.07.2016	Jesse Lima	02	R$ 100,00
11.07.2016	Nova Cantareira	0	R$ 300,00
11.07.2016	Nova Cantareira	0	R$ 150,00
12.07.2016	Pão de Açúcar - LJ 1291	0	R$ 349,79
12.07.2016	Duque Santana Auto Pos	0	R$ 275,00

Constata-se, outrossim, que as despesas incorridas no mês de junho de 2016 distanciam-se completamente do histórico de gastos da apelante, notadamente porque atingiram cifras estratosféricas quando cotejadas com o comportamento da consumidora.

A fatura do cartão Visa (fls. 67), no mês de agosto (correspondente às despesas oriundas de julho), apresentou saldo devedor de R$ R$ 2.614,69. Entretanto, compulsando o "quantum" das faturas antecedentes (abril a junho de 2016 fls. 63/65), nota-se que os gastos incorridos pela consumidora não passaram de R$ 126,03.

É possível inferir o mesmo do cartão Mastercard, haja vista que o total da fatura concernente às operações impugnadas (fls. 56) atingiu a monta R$ 1.964,67, enquanto as faturas anteriores se limitaram a módicas quantias de R$ 307,47 e 676,56 (abril e maio de 2016 - fls. 53/54).

Acesso ao Sumário

Além do mais, o mesmo extrato de fls. 56 demonstra que as compras de 11 e 12 de julho de 2016 extrapolaram o limite do cartão Mastercard, que era de R$ 1.880,00.

Apesar de todos esses indícios de fraude, a instituição financeira de nada desconfiou.

Ao contrário, no tocante ao cartão Mastercard, sem consultar previamente a consumidora ou aduzir autorização contratual, o banco fez incidir tarifa de avaliação emergencial de crédito, no importe de R$16,99, e duas tarifas "retirada-pais" no valor de R$ 9,99 cada (fls. 56), endossando, sem nenhuma ressalva, a "regularidade" das operações.

Nesse contexto, a autora efetuou apenas o pagamento do *quantum* incontroverso, nos valores de R$ 157,90 (fls. 56/57 - cartão Mastercard) e R$ 205,20 (fls. 67/68 - cartão Visa), de sorte que as faturas seguintes apresentaram saldo devedor de R$ 1.964,67 (fls. 58/59) e R$ 2.614,69 (fls.70), respectivamente.

Entretanto, a consumidora requer a declaração de inexigibilidade do total de R$ 13.716,92, consubstanciado na cobrança de R$ 10.147,87, relativos ao cartão Visa, e de mais R$ 3.569,05, referentes ao cartão Mastercard (fls. 15), pois defende que tal dívida é oriunda de cobrança das operações fraudulentas, acrescidas de juros, multa IOF e correção monetária, além da duplicidade na cobrança do cartão.

Pois bem; é evidente que o banco réu agiu com culpa, na modalidade negligência, deixando de evitar o resultado danoso por meio de seus aparatos de segurança.

Em outros termos, houve lapso na prestação de serviços, especialmente quanto à ineficiência na detecção do ardil, devendo-se isso a uma simples razão: as compras efetuadas pelos fraudadores destoavam, e muito, do patamar das usuais transações, de sorte que o engodo perpetrado era de fácil percepção.

Todavia, malgrado bem delineada a aludida falha, impossível ignorar que a consumidora, ainda que induzida por ardil, agiu de forma descurada ao confiar a desconhecido os seus cartões de crédito dotado de "chip".

A vítima não observou as cautelas mínimas esperadas de qualquer correntista, tais como confirmar a credencial do suposto preposto que retirou pessoalmente o cartão, dirigir-se à sua agência para confirmar os fatos, ou, então, se recursar a entregar as "tarjetas" mediante a compreensível escusa de que o instrumento era pessoal e intransferível.

Como se não bastasse, a autora esperou até o dia 13.07.2016 para solicitar o bloqueio dos cartões, conforme comprovam os protocolos de fls. 73/76, o que apenas aumentou o interregno temporal da fraude.

Dessa forma, caracterizada a falha no serviço prestado pelo banco réu e, ao mesmo tempo, reconhecida a contribuição da consumidora para ocorrência do evento, entende-se que a hipótese se coaduna, a princípio, com a culpa concorrente, nos termos do art. 945 do Código Civil, que dispõe: "*Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano*".

Entretanto, a coparticipação culposa na deflagração do resultado é determinante até o momento em que as transações ilícitas atingiram o limite de crédito do cartão Mastercard, que, no caso, era de R$ 1.880,00 (fls. 56).

A partir daí, a continuidade da conduta delitiva e, por conseguinte, o agravamento dos danos materiais somente podem ser imputados à instituição

Acesso ao Sumário

financeira, porquanto não apenas permaneceu se omitindo culposamente, como, de forma inadvertida, ignorou os fortes indícios de irregularidade, autorizando a ampliação do limite e permitindo, com isso, o sucesso da empreitada criminosa.

Logo, além de negligente, o banco, no que tange à superação do limite de crédito do cartão Mastercard, foi igualmente imprudente.

Por tais razões, com fulcro no art. 945 do Código Civil, até a importância de R$ 1.880,00, concernente ao cartão Mastercard (fls. 56), e no tocante à quantia de R$ 3.705,35, referente ao cartão Visa (fls. 67[1]), as partes deverão repartir o prejuízo em igual porção, sem incidência de encargos ou tarifas.

A cifra remanescente vinculada ao cartão Mastercard, que corresponde à diferença entre a soma das compras fraudulentas e o limite de crédito supramencionado, será arcada exclusivamente pela parte ré.

Logo, não se pode reconhecer a inexigibilidade integral do débito de R$ 13.176,92, devendo ser declarado inexigível apenas o montante que será suportado pelos réus (metade de R$ 1.880,00 - cartão Mastercard - e metade de R$ 3.705,35 - cartão Visa-, além do que exceder tais quantias).

Ademais, não prospera o pedido de acionamento do seguro total contratado para o cartão Visa.

Além de inexistir prova nos autos de que a denominada "proteção total" se trate de seguro contra fraudes, eventual indenização poderá ser requerida pela autora nas vias extrajudiciais.

Quanto aos danos morais, estes não resultaram caracterizados.

Diferentemente do quanto defendido pela autora, os seus dados não foram negativados nos órgãos de proteção ao crédito (fls. 112/113) nem protestados no Ofício de Registro Civil de Brasília (fls.389/390).

Há tão somente cobranças administrativas de débito ora considerado inexistente, o que, por si só, é insuficiente para atingir a honra da apelante, na medida em que não ocorreu repercussão negativa da sua imagem e do seu nome perante terceiros, mas mero dissabor, o qual não é passível de indenização.

Ainda que a autora tenha necessitado ingressar com a presente ação, o certo é que não se vislumbram maiores transtornos a sua esfera moral, tais como a inscrição do seu nome nos órgãos de proteção ao crédito ou o dispêndio de expressivos valores para fazer frente a gastos por ela não efetivados.

No mesmo sentido, a jurisprudência deste Augusto Sodalício:

"***RECURSO - APELAÇÃO CÍVEL - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - FORNECIMENTO DE ÁGUA E COLETA DE ESGOTO - AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO CUMULADA COM INEXIGIBILIDADE DE COBRANÇA E REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. Fornecimento de serviço água e coleta de esgoto. Cobrança indevida.***

1 Valor relativo a somatória de todos os débitos impugnados.

Acesso ao Sumário

Imóvel dos autores que não possui rede de esgoto e faz tratamento por meio de fossa séptica. Devolução em dobro. Possibilidade. Precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Dano moral. Não configuração. No plano do dano moral, não basta o fator em si do acontecimento, mas sim a prova de sua repercussão prejudicialmente moral. Indenização não devida. Procedência parcial. Sentença parcialmente reformada. Recurso de apelação em parte provido." (Apelação n. 1010251-15.2014.8.26.0602, Rel. Des. Marcondes D'Angelo, 25ª Câmara de Direito Privado, j. 05.05.16);

"***Contrato bancário - Bem imóvel - Alienação Fiduciária - Saldo residual - Prescrição. 1. Prescreve em cinco anos, computados da data do pagamento da última prestação, a pretensão para cobrança de saldo residual decorrente de financiamento para aquisição de imóvel. Inteligência do art. 206, §5º, I, do CC. 2. Incontroversa a quitação do preço, extingue-se o pacto adjeto de alienação fiduciária, fazendo-se as necessárias anotações junto ao Cartório de Registro de Imóveis. 3. Danos morais. A cobrança de dívida, sem imposição de situação vexatória ao devedor, não configura o dever de indenizar. Recurso provido, em parte, para decretar a inexigibilidade da divida perseguida e a baixa da alienação fiduciária do imóvel.***" (Apelação n. 0002429-77.2011.8.26.0058, Rel. Des. Itamar Gaino, 21ª Câmara de Direito Privado, j. 13/03/2017);

"***APELAÇÃO - Ação Indenizatória por danos morais e materiais julgada parcialmente procedente - Condenação do apelado ao pagamento da quantia R$ 280,93, correspondente ao débito indevidamente efetuado em sua conta, acrescido de correção monetária e juros - Danos morais afastados na sentença - Situação fática dos autos não enseja danos morais indenizáveis - Recebimento de carta de cobrança - Mero aborrecimento do cotidiano, sem repercussão pública, não causando abalo à moral do apelante - Recurso desprovido.***" (Apelação n. 0109697-64.2011.8.26.0100, Rel. Des. Jonize Sacchi de Oliveira, 24ª Câmara de Direito Privado, j. 02/06/2016);

"***APELAÇÃO - AÇÃO INDENIZATÓRIA - DANO MORAL - COBRANÇA INDEVIDA - CARTÃO DE CRÉDITO CANCELADO - CARTA DE COBRANÇA – TELEFONEMA - O envio de cartas de cobrança ao devedor e o recebimento de telefonemas, ainda que relativos a cartão de crédito cancelado, configurasse como mero dissabor, a que todos os indivíduos estão sujeitos na vida cotidiana - Não causam, segundo a experiência, humilhação, imprescindível para a configuração do dano moral - Não demonstrado ter sido a cobrança vexatória, nem que tenha ela chegado a conhecimento de terceiros,***

Acesso ao Sumário

sendo feita diretamente ao autor - Ausência de ofensa aos direitos da personalidade - Indenização indevida - Sentença mantida - Apelo improvido." (Apelação n. 0009369-48.2010.8.26.0008; Rel. Des. Salles Vieira, 24ª Câmara de Direito Privado, j. 23/05/2013);

"***INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - INEXISTÊNCIA - COBRANÇA EM DUPLICIDADE EM FATURA DE CARTÃO DE CRÉDITO POR SERVIÇO TV FECHADA - A ocorrência de mero dissabor não tem força necessária para autorizar o arbitramento de condenação por danos morais. Recurso não provido.***" (Apelação n. 1016734-81.2015.8.26.0196, Rel. Des. Roberto Mac Cracken, 22ª Câmara de Direito Privado, j. 14/04/2016).

Em suma, não caracterizado o dano moral presumido (*in re ipsa*), a respectiva reparação demandava prova da situação vexatória experimentada pela apelante, o que não se verificou.

Por conseguinte, não prospera a tese da recorrente de que a liminar outrora deferida teria sido descumprida pela parte contrária.

Dessarte, a irresignação da autora, pelos motivos expendidos, resulta parcialmente provida, apenas para reconhecer a culpa concorrente e inexigibilidade do débito nos limites ora aduzidos.

Em razão da parcial procedência, mas saindo-se a autora vencida em maior proporção, caberá a ela suportar 70% das custas e despesas processuais, ao passo que os réus deverão arcar com os 30% remanescentes.

A título de honorários advocatícios, cada uma das partes deverá destinar ao patrono da outra 15% sobre o respectivo proveito econômico, a ser oportunamente calculado, salvaguardada a justiça gratuita outorgada à requerente.

Consigne-se que o proveito econômico do banco consiste no remanescente exigível da dívida mais a cifra da afastada indenização por dano moral.

Já o proveito econômico da autora recai no quanto ela deixará de pagar ao banco.

Acesso ao Sumário

Ultimando, anota-se que a matéria devolvida se encontra prequestionada, com a ressalva de 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, **dá-se parcial provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002856-

64.2013.8.26.0459, da Comarca de Pitangueiras, em que é apelante BANCO BRADESCO S/A, é apelado PAULO CELESTINO DE JESUS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28521)**

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

São Paulo, 6 de setembro de 2018.

JACOB VALENTE, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Ação declaratória c.c. pedido de indenização por danos morais - Empréstimo bancário não contratado pelo autor, com posterior saque em conta corrente - Ônus que é do banco em provar que a transação bancária foi realizada por culpa exclusiva do cliente ou de terceiro - Encargo do qual não se desincumbiu - Falha no sistema de segurança do banco caracterizada - Aplicação da teoria do risco profissional - Responsabilidade objetiva da instituição financeira com base na teoria do risco da atividade - Inteligência da Súmula 479 do STJ - Sentença de parcial procedência que condenou a instituição financeira a declarar a inexigibilidade do débito relativo ao empréstimo não reconhecido, com a devolução das parcelas descontadas e devolução do valor sacado da conta corrente do autor - Insurgência do banco réu - Parcial acolhimento - Saque realizado indevidamente em conta corrente que somente foi possível em razão do empréstimo realizado de forma fraudulenta - Conta corrente do autor que não possuía saldo antes da transação indevida - Manutenção da devolução do valor relativo ao saque que importaria em condenação bis in idem - Parcial reforma do decisum apenas para afastar a condenação na devolução do valor do saque não reconhecido - Indenização por dano moral, contudo, que é devida Indenização fixada em R$ 6.000,00

Acesso ao Sumário

que atende os princípios da proporcionalidade e razoabilidade - Sentença parcialmente reformada - Recurso parcialmente provido.

VOTO

1. Trata-se de recurso de apelação interposto em face da r. sentença de fls. 106/109vº que julgou **procedente** a ação declaratória c.c. pedido de indenização por danos morais, movida pelo **PAULO CELESTINO DE JESUS** em face **BANCO BRADESCO S/A**, declarando a inexigibilidade do empréstimo pessoal nº 2547153 no valor de R$ 1.600,00, determinando que o banco proceda ao estorno de todos os valores e encargos debitados na conta do autor por força do aludido contrato, bem como determinando que o banco estorne para a conta do autor a quantia de R$ 1.000,00 referente ao saque realizado de forma indevida, fixando indenização por danos morais no valor de R$ 6.000,00. Por força da sucumbência, condenou o réu, ainda, no pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados no percentual de 10% do valor atualizado da condenação.

Apela o réu (fls. 112/124) buscando a reforma do julgado, argumentando que (i) o empréstimo pessoal foi realizado mediante o uso de cartão pessoal e senha intransferível; (ii) que a devolução do valor de R$ 1.000,00 e a declaração de inexigibilidade do empréstimo pessoal realizado na conta corrente do autor acarretará dupla condenação, eis que o saque somente foi realizado após a disponibilização do crédito relativo ao empréstimo; (iii) que a cobrança do débito é legítima; (iv) que meros aborrecimentos não ensejam o arbitramento de indenização por danos morais; (v) que não estão presentes os pressupostos de responsabilidade civil e (vi) que os danos morais foram fixados em quantia excessiva. Pede o provimento do apelo.

Recurso formalmente em ordem, por presentes os pressupostos de admissibilidade recursal fica admitido, sobrevindo resposta às fls. 132/149.

Não houve oposição das partes quanto ao julgamento virtual do recurso.

É o relatório do essencial.

2. O recurso interposto comporta parcial provimento.

Com efeito.

Trata-se de demanda em que o autor pretende ser ressarcido pela quantia indevidamente sacada da conta corrente mantida junto a uma das agências do banco réu, pretendendo, ainda, declaração de inexigibilidade do débito relativo ao empréstimo bancário obtido eis que não o contratou.

Sustenta que no dia 22.02.2013, verificou a existência de um empréstimo pessoal realizado em sua conta no valor de R$ 1.600,00, tendo sido realizado um saque no valor de R$ 1.000,00, os quais não realizou, tendo comunicado tal fato

Acesso ao Sumário

às autoridades policiais a fim de lavrar boletim de ocorrência.

Sobreveio sentença, em que o juízo concluiu pela responsabilidade da instituição financeira, eis que esta não comprovou que o autor tenha efetuado as transações discutidas, motivo pelo qual declarou a inexigibilidade do empréstimo pessoal realizado, condenando-o a estornar os valores debitados, devolução do valor sacado, arbitrando indenização por danos morais.

Pois bem.

No caso dos autos não se pode desconsiderar a possibilidade de eventual clonagem do cartão e, ainda, a possibilidade do sistema eletrônico do banco ter sido destravado, possibilitando o uso do cartão sem a respectiva senha, fatos estes de responsabilidade única e exclusiva da instituição financeira em face do risco que envolve o desenvolvimento de sua atividade.

Isto porque é de conhecimento comum que na atualidade ainda é relativa a segurança de qualquer sistema bancário, estando o mesmo sujeito a fraudes, cada dia mais elaboradas e corriqueiras em decorrência principalmente do intenso crescimento do número de usuários, do número de equipamentos disponíveis, do volume de cartões e de transações realizadas com o uso de cartão bancário.

E não há como se dividir os riscos com os consumidores, já que os lucros não os são. A dúvida, quando muito, há de ser resolvida em proveito do consumidor, sendo impossível exigir-lhe a prova de fato negativo, qual seja, a de não ter ele contratado o empréstimo bancário que ocasionou descontos e o saque efetuado em sua conta.

A par disso, forçoso reconhecer que era ônus do banco comprovar que a transação bancária efetivada e por ele **não reconhecido e prontamente rechaçado** foi: ***a) ou por ele realizado, b) realizado por sua culpa exclusiva, c) ou por culpa de terceiro.***

Como disto não se desincumbiu e em face da responsabilidade objetiva que rege a atividade das instituições financeiras, de rigor que responda pelos danos que venha a causar aos consumidores dos seus serviços.

Nesse sentido:

"INEXIGIBILIDADE DE DÍVIDA E INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - Empréstimos - Contratações negadas pelo autor, sem prova efetiva de sua ocorrência - Responsabilidade objetiva - Desídia da instituição financeira - Dano moral configurado e presumido, a decorrer do só fato - Valor indenizatório majorado, mantida verba honorária - Recurso da ré desprovido, parcialmente provido o do autor" (Apel. n° 0004839-07.2013.8.26.0651, 15ª Câmara de Direito Privado, rel. VICENTINI BARROSO, j. em 17.09.2015).

"RESSARCIMENTO DE DANO - CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO PESSOAL E TRANSFERÊNCIAS BANCÁRIAS NÃO RECONHECIDAS PELA CORRENTISTA - RESPONSABILIDADE DA

Acesso ao Sumário

INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PELA PRÁTICA DE ATOS FRAUDULENTOS - ENTENDIMENTO PACIFICADO, COM APLICAÇÃO DO ART. 1.036 DO NCPC (correspondente ao art. 543-C do CPC/1973) E SÚMULA 479 DO C. STJ HONORÁRIOS DE ADVOGADO - FIXAÇÃO EM 20% DO VALOR DA CONDENAÇÃO - MANUTENÇÃO, JÁ CONSIDERADOS OS HONORÁRIOS RECURSAIS - SENTENÇA PROCEDENTE - NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO" (Apel. nº 1125158-49.2017.8.26.0100, 15ª Câmara de Direito Privado, Rel. Lucila Toledo, j. em 16.07.2018).

E ainda:

"*Direito processual civil. Ação de indenização. Saques sucessivos em conta corrente. Negativa de autoria do correntista. Inversão do ônus da prova - É plenamente viável a inversão do ônus da prova (art. 333, II do CPC) na ocorrência de saques indevidos de contas-correntes, competindo ao banco (réu da ação de indenização) o ônus de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. - Incumbe ao banco demonstrar, por meios idôneos, a inexistência ou impossibilidade de fraude, tendo em vista a notoriedade do reconhecimento da possibilidade de violação do sistema eletrônico de saque por meio de cartão bancário e/ou senha. -* ***Se foi o cliente que retirou o dinheiro, compete ao banco estar munido de instrumentos tecnológicos seguros para provar de forma inegável tal ocorrência.*** *Recurso Especial parcialmente conhecido, mas não provido.*" (STJ, 3ª Turma, REsp. nº 727.843/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 15.12.2005.) (g.n.).

A responsabilidade provém do risco profissional, já que é certo que a atividade desenvolvida pelas instituições financeiras caracteriza-se como atividade de risco, acarretando a configuração da responsabilidade objetiva, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Entendimento este que resultou na edição da Súmula 479 do STJ, segundo a qual "*As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias*".

Acesso ao Sumário

Por fim, mencione-se que não resta dúvida de que o usuário deve zelar, guardar e vigiar seu cartão bancário, bem como a senha que permite privacidade e segurança na sua utilização. Mas desse fato afirmar-se a ausência de responsabilidade do banco, por fatos ocorridos no interior ou fora de sua agência ou mesmo na rede mundial de computadores (internet), é distância muito grande que não serve para afastar a responsabilidade da instituição financeira.

Não obstante, embora a declaração de inexigibilidade do empréstimo pessoal efetuada na conta corrente do autor deva ser reconhecida, inclusive com a devolução das parcelas e encargos daí decorrentes, é certo que a condenação da instituição financeira na devolução do saque realizado na quantia de R$

1.000,00 importaria em condenação *bis in idem*, na medida em que o extrato bancário de fls. 19 permite concluir que o saque somente foi possível em razão do empréstimo realizado, posto que a conta corrente do autor não possuía saldo disponível para tanto antes disso.

Assim, deve o banco ser responsabilizado pelo ocorrido, mas o *decisum* merece parcial reforma com o fim de se excluir a condenação ao ressarcimento do saque realizado na quantia de R$ 1.000,00, eis que este somente foi possível em razão da transação bancária não realizada, cuja declaração de inexigibilidade já foi dada pela r. sentença.

No mais, é certo o dever de indenizar, eis que a falha na referida prestação de serviços implica em sofrimento imerecido do cliente, que acaba por ser despojado indevidamente de parte do seu dinheiro, perdendo a sua livre disposição, ficando por vezes impossibilitado de arcar com as despesas ordinárias a que teria de fazer frente naquele mês, situação esta capaz de lhe causar vergonha, estresse, dissabores, violar a sua boa-honra, além de outros sentimentos ligados diretamente à sua psique e à sua dignidade humana, já que houve descontos das parcelas do empréstimo bancário em sua conta corrente.

Logo, somente uma reparação integral de todos os danos experimentados é capaz de minorar a ocorrência do referido fato.

No que toca ao *quantum* indenizatório, deve este, de um lado, ter pressuposto de punição ao infrator, de modo a inibir a prática de novos atos lesivos e, de outro lado, proporcionar às vítimas uma compensação pelo dano suportado, fixando-se a quantia com base nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, considerando-se as circunstâncias fáticas e as condições econômicas do infrator.

A par disso, mostra-se coerente a indenização fixada em R$ 6.000,00 (seis mil reais), cujo valor se mostra adequado e com certeza recomporá o prejuízo de ordem moral causado ao autor.

Destarte, deve a r. sentença proferida ser julgada parcialmente procedente, reformando-se parcialmente a decisão de primeiro grau, mas apenas para afastar a condenação relativa à devolução da quantia de R$ 1.000,00 decorrente do saque efetuado na conta corrente do autor, eis que este somente foi possível em razão do empréstimo pessoal realizado, cuja declaração de inexigibilidade já foi determinada pela sentença e mantida neste grau de jurisdição.

Sucumbente em maior parte, fica mantida a condenação da instituição financeira no ônus sucumbencial.

Mais é desnecessário.

3. Dá-se, pois, parcial provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1012134-67.2017.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante ROSINEI REZENDE (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO IBI S.A. - BANCO MÚLTIPLO.

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. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20400)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente) e CERQUEIRA LEITE.

São Paulo, 6 de setembro de 2018.

CASTRO FIGLIOLIA, Relator

Ementa: PRELIMINAR - DESERÇÃO - NÃO OCORRÊNCIA - apelante que é beneficiária da justiça gratuita - inaplicabilidade do art. 99, § 5º do CPC/2015 ao caso dos autos - apelo que impugna os fundamentos da sentença no que concerne à fixação de multa para o caso de descumprimento da determinação judicial para cancelamento do apontamento indevido - preliminar afastada.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO JULGADA PROCEDENTE - FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA - pretensão de cominação de multa por descumprimento da obrigação de exclusão do apontamento do nome da apelante dos cadastros restritivos de crédito - desnecessidade de fixação da astreinte - medida que visa estimular o cumprimento de determinação judicial de obrigação de fazer ou não fazer que dependa de conduta da parte a quem a ordem é emitida - exclusão de apontamento em cadastros restritivos que decorre do resultado de procedência da ação - juízo que pode determinar a expedição de ofício diretamente ao banco de dados para a baixa do cadastro - recurso desprovido quanto a esse tema.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - apelo interposto na vigência do Novo Código de Processo Civil - verba

Acesso ao Sumário

fixada em R$ 300,00 - valor majorado não para R$ 2.000,00, como pleiteado pela apelante, mas para R$ 1.000,00, considerada a sucumbência recursal (artigo 85, § 11 do CPC de 2015) - recurso parcialmente provido quanto a esse aspecto.

Resultado: recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação declaratória de inexistência de débito que a autora Rosinei Rezende moveu contra o réu Banco Bradescard S/A. Alegou a autora que tomou conhecimento de que o réu incluiu o seu nome nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito por débito no contrato nº 5306331109811107, no valor de R$ 107,23, em 20/06/2015 (fls. 28). Desconhece o débito. Pediu a declaração de inexistência do débito, com a consequente exclusão do apontamento, sob pena de pagamento de multa diária.

O Banco CBSS S/A apresentou contestação (fls. 50/56). Alegou, em preliminar, a necessidade de sua inclusão no polo passivo da ação. Aduziu que é o atual administrador do contrato nº 5306.3311.0981.1107. No mais, impugnou os pedidos da inicial.

O Banco Bradescard apresentou contestação (fls. 91/93). Alegou, em preliminar, ilegitimidade passiva. No mais, pediu que a ação fosse julgada improcedente.

A ação foi julgada procedente (fls. 143/144), para o fim de se declarar a inexistência do débito referido na inicial, determinado o cancelamento definitivo do apontamento dele decorrente. O réu foi condenado no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em R$ 300,00.

Inconformada a autora recorreu (fls. 150/156). Sustentou que a fixação de multa para o caso de descumprimento da determinação judicial era necessária. Alegou que a função da *astreinte* é forçar o apelado a cumprir a obrigação. Os honorários advocatícios foram arbitrados em montante que não remunera dignamente o trabalho desenvolvido pelo seu procurador. Pediu o provimento do recurso para o fim de se determinar ao apelado o cumprimento da obrigação de fazer, sob pena de multa diária. Pugnou pela majoração dos honorários advocatícios para o valor de R$ 2.000,00.

Em sua resposta (fls. 161/165), o Banco Bradescard alegou, em preliminar, deserção. No mais, prequestionou a matéria e pediu que o recurso não fosse acolhido.

O Banco CBSS, em sua resposta (fls. 167/170), basicamente pediu que o recurso interposto fosse desprovido.

Acesso ao Sumário

É a síntese necessária.

O recurso de apelação foi interposto sob a égide do CPC de 2015, porque a publicação da sentença se deu depois da data de início da vigência desse diploma legal (18/03/2016).

A hipótese é de admissibilidade do apelo, pois a interposição se deu dentro do prazo de 15 dias úteis contados da data da publicação da sentença no DJE (cf. artigos 219, caput, 224, § 2º, 231 inciso VII e 1.003, § 5º, todos do CPC de 2015). O recurso é isento de preparo, uma vez que a apelante é beneficiária da justiça gratuita (cf. fls. 29).

Feitas essas indispensáveis observações, por primeiro, afasta- se a alegação de deserção deduzida pelo apelado.

Não houve recolhimento das custas recursais porque a apelante é beneficiária da justiça gratuita (fls. 29).

Não cabe no caso a aplicação do disposto no art. 99, § 5º do Código de Processo Civil/2015[1]. A apelante impugna os fundamentos da sentença no que concerne à fixação de multa para o caso de descumprimento da determinação judicial para cancelamento do apontamento indevido.

No mais, o recurso merece ser parcialmente provido.

A pretensão da apelante de fixação de multa cominatória não merece ser acolhida.

Não é caso de fixação da multa cominatória pretendida.

Como é cediço, as *astreintes* possuem a função de estimular o cumprimento de determinação de obrigação de fazer ou não fazer que dependa de conduta (comissiva ou omissiva) da parte a quem a ordem é destinada.

Na hipótese, no entanto, a providência em questão (o cancelamento do apontamento em cadastros de inadimplentes) independe de qualquer providência por parte do credor. Trata-se de medida que decorre naturalmente da sentença de procedência da ação, que, inclusive, já transitou em julgado nesse sentido, uma vez que não houve recurso por parte dos apelados.

Acesso ao Sumário

Anote-se que, quando há determinação judicial de exclusão de apontamento em cadastro de inadimplentes como consequência da declaração de inexistência do débito inscrito, ocorre a imediata expedição de ofício pela serventia judicial aos órgãos mantenedores dos cadastros para que seja feita a exclusão.

Nesse contexto, só poderia haver descumprimento da ordem judicial pelos apelados se eles promovessem novos apontamentos do mesmo débito em

1 *Art. 85. (...) § 4º. A assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça. § 5º. Na hipótese do § 4º, o recurso que verse exclusivamente sobre valor de honorários de sucumbência fixados em favor do advogado de beneficiário estará sujeito a preparo, salvo se o próprio advogado demonstrar que tem direito à gratuidade.*

cadastros de inadimplentes, o que é muito improvável, pois já há coisa julgada material no sentido da sua inexistência.

Mesmo assim, a solução não seria necessariamente a fixação e o pagamento de multa, pois a conduta hipotética em questão também poderia ensejar consequências mais severas, como servir de fundamento para eventual nova ação, com pedidos indenizatórios o que teria de ser analisado a *posteriori*, de acordo com o caso concreto.

Fica rejeitado, portanto, o pedido de cominação de multa. Basta que o juízo determine a expedição de ofício diretamente ao banco de dados para a baixa do cadastro.

No que diz respeito ao valor dos honorários advocatícios, o recurso merece ser parcialmente acolhido.

Como relatado, a verba honorária foi fixada na r. sentença em R$ 300,00.

A fixação nesses termos se mostrou irrisória para a hipótese, considerada a natureza e a importância da causa, o trabalho desenvolvido, o tempo de tramitação e o local da prestação do serviço.

Dessa forma, tendo em vista que o recurso foi interposto na vigência do Novo Código de Processo Civil, impõe-se a majoração dos honorários de sucumbência, não para o valor de R$ 2.000,00, pleiteado pela apelante, mas para R$ 1.000,00 (mil reais), considerada a sucumbência recursal (85, § 11[2], do CPC de 2015).

Por fim, algumas notas a respeito do prequestionamento são convenientes.

O juiz não está obrigado a responder todas as questões das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por ela e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos.

O prequestionamento expresso nada mais é do que a clara manifestação da matéria que se traz à apreciação do julgador. Por isso, é desnecessária a referência a respeito de toda a legislação correlata à matéria, para assegurar a possibilidade de serem manejados os recursos extremos.

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

"*O prequestionamento consiste na apreciação e na solução, pelo tribunal de origem, das questões jurídicas que envolvam a norma positiva tida por violada, inexistindo a exigência de sua expressa referência no acórdão impugnado*" (STJ-Corte Especial, ED no Resp 162.608-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 16.6.99, receberam os embargos, v.u., DJU

2 De seguinte teor: *"Artigo 85. (...). §11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento".*

Acesso ao Sumário

16.8.99, p. 37).

Nestes moldes, **dá-se parcial provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006868-65.2018.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante LUCIANE CAROLINE PRIANTI DA SILVA, é apelada LOJAS RENNER S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Em julgamento estendido, nos termos do art. 942 do CPC: Por maioria, negaram provimento ao recurso. Vencida a Relatora sorteada que declara voto e o 4º Desembargador. Acórdão com o 2º Desembargador.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41547)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HERALDO DE OLIVEIRA, vencedor, ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA, vencida, FRANCISCO GIAQUINTO (Presidente), NELSON JORGE JÚNIOR e TAVARES DE ALMEIDA.

São Paulo, 5 de setembro de 2018.

HERALDO DE OLIVEIRA SILVA, Relator Designado

Ementa: OBRIGAÇÃO DE FAZER - Pretensão à exibição de contrato bancários - inadequação da via eleita - cabimento de produção antecipada de provas - Apresentação da documentação com a contestação - Inexistência de prova de requerimento administrativo válido - Não preenchimento dos pressupostos exigidos no recurso repetitivo REsp. 1.349.453-MS - Autora que deu causa à propositura da demanda - Não configurada a resistência injustificada da instituição financeira requerida - Princípio da causalidade - Sentença mantida - Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de ação de obrigação de fazer, julgada extinta sem resolução do mérito em 04.04.2018 pela r. sentença de fls. 33/36, cujo dispositivo ora se transcreve: "*Pelo exposto, indefiro a inicial e julgo extinto o processo, sem*

resolução do mérito, com fundamento nos artigos 330, III, combinado com o art. 485, I e VI, ambos do Código de Processo Civil. Sem condenação em custas, diante da gratuidade judiciária que ora concedo. Não interposta apelação, intime-se a parte ré acerca do trânsito em julgado, conforme dispõe art. 331, § 3º, do CPC. Em caso de recurso, tornem os autos conclusos."

Não se conformando com os termos da sentença, a autora apresentou apelo às fls. 39/50, defendendo estar presente seu interesse processual. Requer provimento ao recurso.

Recurso tempestivo, não preparado ante a concessão do benefício da justiça gratuita e respondido.

É o relatório.

A autora ingressou em juízo narrando ter sido surpreendida pela inclusão de seu nome em cadastro de inadimplentes, lhe sendo imputado débito no valor de R$ 79,20, datado de 18.12.2014 e referente a contrato com a ré registrado sob o nº 42792669802, cuja origem diz não se recordar.

Afirma ter buscado contato junto à Ré, sem sucesso.

Intimada após interposição do apelo, a ré apresentou contrarrazões às fls. 59/74, com a qual anexou contrato de utilização de cartão de crédito às fls. 85/96.

Inicialmente, mister ressaltar que com o advento do Código de Processo Civil de 2015, extinguiu-se o instituto das cautelares autônomas, de forma que a exibição de documentos, que na vigência do código anterior era comumente solicitada na forma de cautelar, passou a ser realizada de forma incidental, seja, por exemplo, em ações de obrigação de fazer ou revisionais.

Vale transcrever o que dispõe o Código de Processo Civil quanto a pretensão exibitória:

"**Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:**

I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;

II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;

III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

(...)

Art. 382. Na petição, o requerente apresentará as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair.

§ 1º O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a

Acesso ao Sumário

citação de interessados na produção da prova ou no fato a ser provado, salvo se inexistente caráter contencioso.

§ 2º O juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas.

§ 3º Os interessados poderão requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato, salvo se a sua produção conjunta acarretar excessiva demora.

§ 4º Neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário."

O interesse de agir decorre da necessidade de a parte obter o provimento jurisdicional invocado, bem como da adequação da via eleita para solucionar a lide.

A falta de interesse de agir da parte autora resta evidenciada pela ausência de demonstração da necessidade do ajuizamento da presente demanda.

Nesse ponto, existe procedimento específico da produção antecipada de prova, que se destina à colheita de qualquer tipo de prova e pode ser utilizado até mesmo para permitir à parte requerente alcançar o prévio conhecimento dos fatos e, assim, avaliar a viabilidade, ou não, do ajuizamento de futura demanda.

Segundo a nova sistemática, não há mais delimitação dos meios de prova que podem ser produzidos de forma antecipada, de modo que é perfeitamente admissível a realização de prova documental.

Logo, não existe razão para adotar a via pretendida pelo requerente, que se mostra desnecessária, à vista da existência de meio direto.

Nesse sentido:

"Exibição de documentos. 'Ação autônoma de exibição de documento'. Pretensão à exibição de cópia dos contratos que deram ensejo à negativação. Demanda que, na verdade, se trata de ação cautelar de exibição de documento. Ação ajuizada sob a égide da nova legislação processual civil. Determinação de emenda. Desatendimento. Indeferimento da inicial. Necessidade. Inadequação da via eleita. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Inteligência do parágrafo único, do art. 321, do CPC/2015. Sentença mantida. Recurso improvido, com determinação." (Apelação 1011815-15.2016.8.26.0196 Relator(a): Bonilha Filho; Comarca: Franca; Órgão julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 01/12/2016; Data de registro: 02/12/2016)

"AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - Sentença que indeferiu a inicial e julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos dos artigos 485, I, 321, § único e 330, IV, do novo CPC. - Pretensão de que seja anulada a r. sentença. INADMISSIBILIDADE: Em que pese o autor

Acesso ao Sumário

ter dado à ação o nome de obrigação de fazer, verifica-se dos autos que na realidade trata-se de ação cautelar de exibição de documento. A ação proposta é inadequada e não mais prevista em lei, inexistindo, portanto, os pressupostos processuais para o seu prosseguimento válido, previstos no art. 485, VI do novo CPC. Extinção mantida, mas por outro fundamento. RECURSO DESPROVIDO." (Apel. 1079925-63.2016.8.26.0100 - Relator(a): Israel Góes dos Anjos; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 37ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 21/02/2017; Data de registro: 22/02/2017)

Ademais, ainda que assim não fosse, o E. Superior Tribunal de Justiça em Recurso Repetitivo no REsp 1.349.453/MS, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, para a caracterização do interesse de agir, decidiu nos seguintes termos:

"***PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS EM CADERNETA DE POUPANÇA. EXIBIÇÃO DE EXTRATOS BANCÁRIOS. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. INTERESSE DE AGIR. PEDIDO PRÉVIO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E PAGAMENTO DO CUSTO DO SERVIÇO. NECESSIDADE. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese: A propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária. 2. No caso concreto, recurso especial provido.***" *(REsp 1349453/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/12/2014, DJe 02/02/2015).*

Assim, nos termos do repetitivo, para a configuração do interesse de agir, nas ações de exibição de documentos, se faz necessária à comprovação da relação jurídica entre as partes, prévio requerimento administrativo não atendido em prazo razoável e pagamento de eventual custo do serviço para obtenção da segunda via.

Contudo, a notificação de fls.11/12, de teor genérico e assinada pelo advogado do autor, não conta com comprovação de envio ou de aviso de recebimento. Logo, não há prova de que a comunicação administrativa foi sequer enviada ou mesmo recebida pelo réu.

No mais, a procuração que supostamente a acompanhou não apresentou reconhecimento de firma, além de indicar para envio da documentação endereço diverso daquele do autor, não estando a instituição financeira obrigada a

Acesso ao Sumário

encaminhar documentação sigilosa a pessoa estranha à relação contratual.

Desta forma, ausência notificação formal, com Aviso de Recebimento, entendo que não configurada prévia notificação administrativa.

No mesmo sentido:

ARRENDAMENTO MERCANTIL. Ação cautelar de exibição de documento. Notificação extrajudicial subscrita por advogada que não provara ter poderes para representar o Autor. Banco que não poderia ter enviado ao seu endereço eletrônico o documento pleiteado, sob pena de infringir a Lei que cuida do sigilo bancário. Ônus da sucumbência que não poderiam ser atribuídos à ré. Recurso negado. (TJSP, Apelação nº4014814-35.2013.8.26.0602 Rel. Gil Cimino, j. 04.09.2014).

Embora, no mais das vezes, se confundam causalidade e sucumbência, culminando ambas as soluções coincidentes, em casos excepcionais, em que haja conflito entre tais princípios, deve prevalecer a solução que esteja mais atrelada ao princípio da causalidade, ou seja, se o autor deu causa à instauração do processo, deve responder pelos ônus decorrentes de sua ação.

"Sem embargo do princípio da sucumbência, adotado pelo Código de Processo Civil vigente, é de atentar-se para outro princípio, o da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo, ou ao incidente processual, deve arcar com os encargos daí decorrentes" (STJ - 4ª Turma, REsp 264.930, rel. Min Sálvio de Figueiredo, j.13.9.00, deram provimento, v.u. DJU 16.10.00, p.319).

Note-se que após citado, o banco promoveu a juntada dos documentos pretendidos (fls.51/53).

Assim, não ficou configurada resistência injustificada do requerido, desse modo a parte que deu causa a demanda deve arcar com as custas provenientes, conforme se depreende dos autos, a autora deu causa a distribuição da presente ação.

Nesse sentido:

"Para a existência de verba honorária, é necessário existir sucumbência da parte contrária. Inexistente esta, inexiste aquela" (STJ, 3ª Turma, REsp, 26.120-3-SP, Rel. Min. Cláudio Santos, j.25.10.93, não conheceram, v.u. DJU 22.11.93, p. 24.946).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO NO RECURSO ESPECIAL. EXTRATO DE CADERNETA POUPANÇA. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO. AUSÊNCIA PRETENSÃO RESISTIDA. INCABÍVEL FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. JUSTIÇA GRATUITA. FALTA DE ELEMENTOS COMPROVANDO A IMPOSSIBILIDADE DO RECORRENTE ARCAR COM AS DESPESAS PROCESSUAIS. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1- Pela aplicação dos princípios da sucumbência e da causalidade em ações

Acesso ao Sumário

cautelares de exibição de documentos, para haver condenação a honorários advocatícios deve estar caracterizada nos autos a resistência à exibição dos documentos pleiteados. 2- O Tribunal de origem consignou a ausência de pretensão resistida, diante da falta de pedido administrativo, bem como pelo fornecimento dos extratos bancários em juízo, após o fornecimento dos dados necessários. 3- Ausência de elementos comprovando a impossibilidade de arcar com as despesas processuais. 4- Agravo regimental não provido" (STJ, Resp n.º 934.260 - RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.04.12, negaram provimento ao agravo regimental, v.u., DJE 13.04.12).

Não havendo comprovação de prévio requerimento administrativo válido, entendo não configurado o interesse de agir da parte autora, de forma que incabível a condenação do réu ao ônus da sucumbência.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 26706)

Ousei, com a devida vênia, divergir da Douta Maioria da Turma Julgadora, que negou provimento ao recurso; pois, pelo meu voto, **dava provimento** ao recurso para anular a respeitável sentença, por *error in procedendo* (má aplicação da lei processual).

Com efeito, embora confusa a cumulação dos pedidos deduzidos na petição inicial, observa-se que a ação proposta pela autora não se confunde com a exibição cautelar de documento, antes prevista no Código de Processo Civil de 73.

Por meio da presente demanda, pretende a consumidora ter reconhecido seu direito de ver exibidos os documentos que embasam o débito questionado, bem como seu direito ao cancelamento da negativação realizada pela ré em seu nome (fls. 31-32).

Postulou a exibição para que, não demonstrada a existência do débito, seja a ré condenada, também neste processo, a realizar o cancelamento da inscrição nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito.

Desse modo, a fundamentação trazida pela r. sentença mostra-se equivocada, pois os precedentes citados tratam somente da ação de consignação em pagamento, que não é o caso aqui examinado.

De fato, para o pedido de cancelamento de restrição nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito, não se mostrava necessária prévia notificação extrajudicial da ré.

O interesse de agir para a propositura da presente demanda se evidencia

Acesso ao Sumário

pela necessidade da consumidora obter, uma vez demonstrada a inexistência do débito, a baixa definitiva da negativação.

Saliente-se, ademais, que, nos termos do artigo 321 do Código de Processo Civil, ainda que a petição inicial esteja redigida de forma confusa, não era possível a extinção do processo, sem julgamento do mérito, com o indeferimento da petição inicial, sem que antes fosse a parte intimada para proceder à regularização da peça com a especificação das adequações que fossem necessárias.

Assim, pelos fundamentos invocados na r. sentença recorrida, típicos da cautelar de exibição de documento, não havia como ser extinto o processo já no seu início, pois evidente o interesse de agir da consumidora em obter o cancelamento da negativação tida por ela como indevida.

Diante do exposto, pelo meu voto, **dava provimento** ao recurso para anular a respeitável sentença, por *error in procedendo* (má aplicação da lei processual), para que o processo retornasse ao primeiro grau de jurisdição para regular prosseguimento do feito.

ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA, Relatora Sorteada

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001074-56.2017.8.26.0526, da Comarca de Salto, em que é apelante AUGE RECURSOS HUMANOS LTDA., é apelado SOCER BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO 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 e majoraram a verba honorária. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35489)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores THIAGO DE SIQUEIRA (Presidente sem voto), TAVARES DE ALMEIDA e MELO COLOMBI.

São Paulo, 13 de setembro de 2018.

CARLOS ABRÃO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO REGRESSIVA - CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA NA JUSTIÇA ESPECIALIZADA DO TRABALHO - DESEMBOLSO NÃO COMPROVADO - SENTENÇA

DE EXTINÇÃO - RECURSO - PERDA DO OBJETO INOCORRENTE - MANIFESTA CARÊNCIA DE AÇÃO - PROPOSITURA DA DEMANDA SEM DOCUMENTAÇÃO IDÔNEA DE PAGAMENTO - ADIMPLEMENTO SUPERVENIENTE PELA RÉ-APELADA QUE NÃO CONSTITUI FATO SUPERVENIENTE DE PERDA DO OBJETO SE ELE É INEXISTENTE - CONDIÇÕES DA AÇÃO - RECURSO NÃO PROVIDO, MAJORADA A VERBA HONORÁRIA.

VOTO

Cuida-se de apelo tirado contra a r. sentença prolatada julgando extinta a causa de fls. 156/157, impondo custas, despesas processuais e verba honorária de 10%, de relatório adotado; não se conforma a autora, afirma que ingressou preventivamente com a demanda, sendo exclusiva a responsabilidade da ré, motivo pelo qual aguarda reforma, com redução da verba honorária, busca provimento (fls. 159/163).

Recurso tempestivo, encontra-se preparado (fls. 164/165).

Regularmente processado (fls. 166).

Contrarrazões com preliminar (fls. 168/171).

Alegação da recorrente de perda do objeto (fls. 172/172).

Documentos (fls. 174/235).

Deu-se ciência à apelada (fls. 236).

Manifestação da apelada (fls. 238/240).

Remessa (fls. 241).

É O RELATÓRIO.

O recurso não prospera, majorada a verba honorária.

O ingresso da ação sucedeu de forma prematura e sem requisito objetivo, para que a autora demonstrasse a necessidade do reembolso, mas sem ter feito qualquer desembolso.

A preliminar de não conhecimento não é consistente, uma vez que nas razões recursais, ainda que resvalando, a recorrente sustenta a necessidade da demanda e reclama de forma direta da condenação honorária.

Cabe registar que em dezembro de 2017 a empresa ré efetivamente desembolsou numerário da condenação trabalhista, conforme farta documentação anexada.

No entanto, nem seria possível vir agora a recorrente alegar perda do objeto por fato superveniente, se ele nunca existiu.

Acesso ao Sumário

Essencialmente, se não desembolsou nenhum valor, e agora tem a comprovação do pagamento pela apelada, o que era preventivo, não tinha qualquer pressuposto de admissibilidade.

Desta forma, natimorta a demanda, isso porque o legítimo interesse de agir não se caracterizou, e nem o próprio pagamento feito pela apelada fora capaz de autorizar a perda do objeto, já que a situação definida de regresso consubstancia simples repartição do resultado do risco, mas a própria apelante deixou de evidenciar qualquer afetação do seu patrimônio, e não será na seara do direito comum que se instaurará a discussão da responsabilidade trabalhista, já consolidada e coberta pela coisa julgada.

A verba honorária fora fixada no patamar mínimo e, em virtude do insucesso da demanda, será majorada para 12%, inclusive como preceito de conscientização, objetivando transparecer na parte autora mínimo discernimento para se evitar lides inócuas.

Não há qualquer prequestionamento, uma vez que não havia pressuposto de regresso ou fato superveniente para a perda do objeto, isto porque, se a condenação fora solidária, apenas caberia demandar após o desembolso para efeito de reembolso, e não açodadamente.

Isto posto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, majorando a verba honorária para 12% sobre o valor corrigido dado à causa, art. 85, § 11, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000728-75.2016.8.26.0030, da Comarca de Apiaí, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, é apelado ANGELO ANTÔNIO DA ROCHA CANDIDO.

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 23.176)**

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

São Paulo, 13 de setembro de 2018.

RENATO RANGEL DESINANO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONTA CORRENTE - Inclusão da ex-esposa do autor em conta corrente de sua titularidade

- Inexistência de autorização - Necessidade de exclusão da terceira incluída irregularmente na conta bancária - Sentença mantida - RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face de sentença, cujo relatório se adota, que, em "ação ordinária" ajuizada por ANGELO ANTONIO DA ROCHA CANDIDO em face de BANCO DO BRASIL S/A, julgou parcialmente procedente o pedido para reconhecer a ilegalidade da inclusão da ex-esposa do autor na conta corrente de titularidade do requerente e para determinar exclusão da ex-esposa, no prazo de 48 horas. Em razão da sucumbência recíproca, condenou cada parte ao pagamento das respectivas custas e despesas processuais e dos honorários advocatícios da parte adversa, fixados em R$ 1.000,00 (fls. 83/84).

Recorre o réu BANCO DO BRASIL S/A. Sustenta a ausência de demonstração de que a instituição financeira agiu de modo ilícito. Aduz que não se negou a exibir os documentos solicitados. Alega o enriquecimento sem causa do requerente. Argui que o autor pleiteia, ilegalmente, direito alheio em nome próprio. Defende a necessidade de redução dos honorários fixados em primeiro grau. Busca a reforma da r. sentença para que a ação seja julgada improcedente (fls. 86/93).

Recurso recebido e contrariado (fls. 97/99).

É o relatório.

PASSO A VOTAR.

O autor sustentou, na petição inicial, que sua ex-esposa, Adriana Fernandes Batista, foi incluída como co-correntista de sua conta junto à instituição financeira requerida, sem que houvesse autorização para tanto.

Em razão do ocorrido, pleiteou a exclusão de sua ex-esposa da referida conta bancária ou a apresentação do documento que permitiu sua inclusão, bem como a condenação do réu ao pagamento dos danos eventualmente causados pela ex-mulher (fls. 1/3).

Citado, o réu ofertou contestação na qual aduziu, preliminarmente, ausência de interesse de agir do autor e inépcia da inicial. No mérito, sustentou a ausência de má-fé da instituição financeira requerida, a impossibilidade de demonstração de fato negativo e a necessidade de que os honorários advocatícios fossem fixados em montante razoável (fls. 39/49).

Nesse contexto, o D. Juízo *a quo* julgou a ação parcialmente procedente, conforme segue (fls. 83/84):

"*(...)*

Acesso ao Sumário

Em primeiro momento entendo ser o caso do afastamento das preliminares trazidas pela instituição requerida. Ora, entendo que o requerimento administrativo não se mostra necessário para que o cidadão busque tutela jurisdicional.

No tocante ao pedido de inépcia da inicial também entendo ser o caso de seu afastamento uma vez que da inicial é possível extrair a consequência lógica do pedido.

Entretanto, no mérito entendo que a ação é parcialmente procedente.

Ora, em que pese a inexistência de qualquer documento que demonstre a autorização para a inclusão da ex-esposa do autor como correntista, entendo que tal fato, ao menos do que se depreende da inicial, não há qualquer fundamentação apta a ensejar reparação de danos.

Explico.

De fato, a não apresentação do documento que teria ensejado a inclusão da ex-esposa do autor como co-correntista aponta para a ilegalidade da conduta da instituição requerida a qual desde já fica reconhecida, mormente porque não se trata de prova diabólica, incidindo na hipótese as disposições constantes do Código de Defesa do Consumidor.

Entretanto, mesmo diante deste reconhecimento não há na inicial qualquer fundamento fático que demonstre dano em decorrência de tal fato.

Portanto, em que pese o reconhecimento da conduta ilícita por parte da requerida, entendo que não é o caso de condenação por reparação de danos.

(...)".

Contra essa decisão, insurge-se o réu, ora apelante.

A pretensão, contudo, não merece acolhida.

De fato, por meio do "*Extrato de Conta Corrente*", verifica-se que a ex-esposa do autor, Adriana Fernandes Batista, consta como co-titular da conta corrente nº 11.612-2, aberta em 14/02/2005 (fl. 19).

Ocorre que o "*Contrato de adesão a produtos e serviços - Pessoa Física*", assinado na referida data, somente indica o autor, ANGELO ANTONIO DA ROCHA CANDIDO, como titular da conta corrente aberta (fls. 8/9).

Nesse contexto, incumbia ao réu apresentar documentos que comprovassem a autorização do autor para inclusão de sua ex-esposa na mencionada conta corrente. Alias, tendo em vista que a conta corrente foi aberta pelo autor, afasta-se a alegação de que o requerente pleiteia direito alheio em nome próprio.

Acesso ao Sumário

Ademais, em que pese as alegações de inexistência de má-fé, o requerido não juntou quaisquer documentos aos autos para comprovar a regularidade da inclusão de terceiro na conta corrente do autor, ônus que lhe incumbia, nos termos do art. 373, II, do Código de Processo Civil.

No mais, uma vez que a pretensão de restituição de valores eventualmente descontados foi afastada pelo D. Juízo *a quo*, não há que se falar em enriquecimento sem causa do requerente.

Igualmente, no que tange aos honorários advocatícios, levando-se em consideração a natureza da demanda, a responsabilidade assumida pelos advogados das partes e a forma diligente com que atuaram, tem-se que o valor arbitrado mostra-se adequado a remunerar condignamente o trabalho profissional desenvolvido, inexistindo razões para sua redução.

No mesmo sentido, cite-se entendimento deste E. Tribunal de Justiça de São Paulo:

> "*A observância da norma legal da moderação, na fixação da condenação do vencido em honorários advocatícios, não pode ofender outro não menos respeitável princípio do procedimento judiciário, qual seja, o de que a remuneração do causídico não pode ser aviltante, mas condigna*" (APELAÇÃO COM REVISÃO N.º 7.249.247-2, 11ª Câmara de Direito Privado, Relator Des. Gilberto dos Santos, j. 19.6.2008).

Ressalta-se que o os honorários foram fixados em R$ 1.000,00, montante razoável e em conformidade com o art. 85, § 8º, do Código de Processo Civil.

Portanto, correto o deslinde da demanda adotado na origem, não merecendo o julgado qualquer reparo.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso. Em virtude do que dispõe o art. 85, § 11, do CPC, majoro a condenação do recorrente, quanto ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, de R$ 1.000,00 para R$ 1.500,00.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000888-76.2018.8.26.0565, da Comarca de São Caetano do Sul, em que é apelante FACULDADES METROPOLITANAS UNIDAS EDUCACIONAIS LTDA. - FMU, é apelada LARISSA MAYARA DE ARRUDA PRADO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do

Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26366)**

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

São Paulo, 14 de setembro de 2018.

AFONSO BRÁZ, Relator

Ementa: DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C.C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Débito não reconhecido pela autora. Relação jurídica entre as partes e regularidade do débito que não foram comprovadas pelo réu. Débito declarado inexigível. Restrição creditícia irregular. Dano moral in re ipsa. Desnecessária a prova do efetivo prejuízo. Indenização por dano moral, originalmente fixada em R$ 9.540,00, que não comporta a redução pretendida. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

A r. sentença fls 87/90, de relatório adotado, julgou parcialmente procedente a ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. indenização por dano moral ajuizada por LARISSA MAYARA DE ARRUDA PRADO em face de FACULDADES METROPOLITANAS UNIDAS EDUCACIONAIS LTDA. - FMU para declarar inexigível o débito indicado na inicial e condenar o réu ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R$ 9.540,00, com correção monetária desde o arbitramento e juros de mora a partir da citação. Ainda, o réu foi condenado a arcar com as despesas do processo e honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o valor da condenação.

Apela o réu às fls. 95/104, onde sustenta a regularidade do débito indicado na inicial. Alega que a inclusão dos dados da autora no cadastro de inadimplentes constituiu-se em exercício regular de direito. Pleiteia a exclusão da indenização ou a redução de seu valor. Requer a reforma da r. sentença.

Recurso regularmente processado, com apresentação das contrarrazões às fls. 110/117.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

No caso, diante da afirmação da autora de que não reconhece o débito de R$ 498,48 (fl. 21) que gerou inscrição de seu nome no cadastro de inadimplentes, cabia ao requerido comprovar a efetiva contratação e utilização do serviço

prestado, eis que não se pode exigir da autora a prova de fato negativo.

Contudo, o réu não se desincumbiu do ônus da prova que lhe competia, limitando-se a apresentar contestação genérica e não trouxe nenhum documento que pudesse comprovar a origem do débito contestado. Ainda não manifestou interesse na produção de outros meios de prova, mesmo após ser devidamente instado a fazê-lo (fls. 74 e 85/86).

Assim, não tendo o réu se desincumbido do ônus da prova que lhe cabia (art. 373, II, do CPC), agiu com acerto o magistrado sentenciante ao declarar a inexigibilidade do débito discutido e reconhecer a irregularidade do apontamento dos dados da autora em cadastro de inadimplentes.

Anote-se que é desnecessária a prova do efetivo prejuízo advindo da negativação irregular, visto que são notórias as consequências reservadas àqueles que sofrem a inclusão dos seus dados pessoais nos órgãos de defesa do crédito, de tal sorte que a iterativa jurisprudência consagra o entendimento de que a singela inscrição indevida no cadastro de inadimplentes é, por si só, ato gerador de dano moral ("in re ipsa").

No que se refere ao valor da indenização, destaca-se que, se por um lado o montante arbitrado não pode ser irrisório, de forma que não sinta o ofensor as consequências de seu ato, por outro lado não pode ser forma de enriquecimento do ofendido.

A propósito: "*a indenização por dano moral deve atender a uma relação de proporcionalidade, não podendo ser insignificante a ponto de não cumprir com sua função penalizante, nem ser excessiva a ponto de desbordar da razão compensatória para a qual foi predisposta*" (STJ, REsp. nº 318379-MG,/Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Publicação: DJ 04/02/2002).

A reparação do dano moral não objetiva enriquecer a vítima, mas sim conceder-lhe um lenitivo, além de reprovar a conduta do agente. Deve, pois, ser fixada em patamar condizente com os danos causados, proporcional ao fato e suas consequências.

Tendo por base os parâmetros acima e as particularidades do caso concreto, o valor arbitrado na sentença (R$ 9.540,00) não comporta a redução pretendida, mostrando-se, inclusive, aquém da quantia normalmente fixada por esta C. Câmara em casos semelhantes.

Portanto, a r. sentença deve ser integralmente mantida.

Em razão do desprovimento do recurso, majoro o valor dos honorários advocatícios devidos ao patrono da autora para 20% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 11, do CPC.

Considerando precedentes dos Tribunais Superiores, que vêm registrando a necessidade do prequestionamento explícito dos dispositivos legais ou constitucionais supostamente violados e, a fim de evitar eventuais embargos

Acesso ao Sumário

de declaração, apenas para tal finalidade, por falta de sua expressa remissão na decisão vergastada, mesmo quando os tenha examinado implicitamente, dou por prequestionados os dispositivos legais e/ou constitucionais apontados pela parte.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002197-21.2017.8.26.0484, da Comarca de Promissão, em que é apelante CICERA MARIA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada CLARO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18072)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA (Presidente) e SALLES VIEIRA.

São Paulo, 18 de setembro de 2018.

WALTER BARONE, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA C/C INDENIZAÇÃO. Inscrição indevida do nome do consumidor em cadastro de inadimplentes. Sentença de procedência parcial, condenando a parte ré a indenizar a parte autora por danos morais, no valor de R$5.000,00. Irresignação da parte autora no que diz respeito ao valor fixado a título de indenização por danos morais. Cabimento em parte. 'Quantum' indenizatório que comporta majoração, não para o valor pretendido, mas para a quantia de R$10.000,00, estando em consonância com os valores arbitrados por esta C. Câmara. Quantia que deve ser corrigida a partir do arbitramento (Súmula 362 do E. STJ) e com incidência de juros de mora desde a citação, e não do transito em julgado, posto se tratar de responsabilidade civil contratual. Ação julgada procedente em parte. Ônus sucumbencial integralmente carreado à parte ré. Honorários advocatícios fixados no importe de

15% sobre o valor da condenação, já considerados os honorários recursais. Incidência da norma prevista no artigo 85, §11, do CPC. Recurso provido em parte.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra r. sentença que julgou parcialmente procedente ação declaratória de inexigibilidade de débito c/c indenização por danos morais, "*para condenar a parte requerida a pagar à parte autora indenização a título de danos morais, no valor de R$5.000,00 (cinco mil reais), com incidência de juros de mora a partir do trânsito em julgado, e correção monetária pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a partir da data desta sentença*". Em relação aos ônus sucumbenciais, decidiu-se, na mesma oportunidade, que: "*Diante da sucumbência parcial, condeno as partes no rateio das custas e despesas processuais. Ainda, condeno as partes no pagamento dos honorários advocatícios do patrono da parte adversa, os quais fixo em R$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), vedada a compensação, nos termos do artigo 85, §§ 8º e 14, ambos do Código de Processo Civil, e devendo ser respeitada a concessão dos benefícios da Justiça Gratuita à parte requerente (fls. 29)*".

A parte autora sustenta, em síntese, que: 1) o 'quantum' indenizatório deve ser majorado para o valor de R$15.000,00; 2) os juros devem incidir a partir da negativação, nos termos da Súmula 54 do STJ.

Houve resposta.

É o relatório.

Observado que não houve recurso da parte ré, a questão discutida no apelo interposto pela parte autora restringe-se à sua insatisfação com o valor arbitrado, em primeiro grau, a título de indenização por danos morais.

Para atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na fixação do 'quantum' a ser pago como indenização pelo dano moral causado, deve-se ter em conta os fatos que ensejaram o abalo à vítima, o nível econômico do ofendido e o porte econômico do ofensor.

Isso porque o arbitramento deve ser significativo de modo a não só compensar a dor, a angústia, o vexame, o abalo psicológico da vítima, mas também a penalizar o causador do dano, considerados, pois, a sua contribuição para o sofrimento daquela, o grau de sua culpa e sua capacidade econômica.

Sobre o tema, cumpre colacionar os ensinamentos da doutrina:

Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. Enfim, razoável é aquilo que é, ao mesmo tempo, adequado, necessário

Acesso ao Sumário

e proporcional. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. **Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes. (CAVALIERI FILHO, SERGIO - Programa de Responsabilidade civil - 10.ed. - São Paulo: Atlas, 2012 - p.105 - realces não originais)**

O 'quantum' indenizatório para a reparação dos danos morais, arbitrado na r. sentença em R$5.000,00, comporta majoração, para atendimento de sua finalidade sancionadora e reparadora, observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, porém não para o montante pretendido pela parte apelante.

Apresenta-se, pois, mais adequada a fixação da indenização na quantia de R$10.000,00, corrigida a partir da sentença, com base na Súmula 362 do STJ, isto é, a partir do arbitramento, observado que ora se procedeu ao mero acertamento do valor indenizatório.

A matéria envolve relação jurídica contratual e, como tal, a incidência dos juros de mora comporta ajustamento, para que incidam, não da data do trânsito em julgado da r. sentença, como determinado na origem, mas, sim, a partir da citação, não sendo o caso de aplicação da Súmula 54 do STJ, já que, repita-se, trata-se de relação jurídica contratual.

Tendo em vista que a parte autora saiu vencedora na maior parte do pedido, afasta-se a sucumbência recíproca reconhecida em primeiro grau, carreando-se a verba de sucumbência exclusivamente à parte ré, fixando-se os honorários no importe de 15% sobre o valor da condenação, já considerados os honorários recursais, com fulcro no art. 85, §§ 2º e 11, do CPC.

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

Ante o exposto, pelo meu voto, **DÁ-SE PROVIMENTO EM PARTE** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1014758-

65.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante VITACON 26 DESENVOLVIMENTO IMOBILIÁRIO LTDA., é apelado CLÁUDIO JOÃO FRANCISCO EUGÊNIO DE MONACO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32056)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA (Presidente sem voto), HELIO FARIA e RAMON MATEO JÚNIOR.

São Paulo, 18 de setembro de 2018.

HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO, Relator

Ementa: Embargos à Execução - Escritura Pública de Confissão de Dívida, Novação e Promessa de Dação em Pagamento - Compra e venda de imóvel - Título executivo reconhecido pelo artigo 784, II do Código de Processo Civil - Valores devidos mensalmente pelo executado a título de "renda esperada" - Inadimplência confessa - Ausência de comprovação dos fundamentos da pretensão recursal - Valores apontados como devidos pela executada sem respaldo probatório - Cálculos apresentados pelo exequente em conformidade com as obrigações assumidas no título executivo - Improcedência dos embargos - Sentença mantida - RITJ/SP, artigo 252 - Assento Regimental nº 562/2017, art. 23. Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

A r. sentença de fls.169/173 julgou improcedentes os embargos à execução, para condenar a embargante ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios no importe de 10% sobre o valor atualizado da causa, com fulcro no art. 85, §2º do CPC.

Apela a embargante (fls.175/186) alegando preliminarmente a nulidade da execução em virtude da inexistência de liquidez e exigibilidade do título, que requer muito mais do que simples cálculo aritmético para aferir o valor devido, sendo impositiva a extinção da execução nos termos dos artigos 803, I e 485, IV do CPC. Aponta que o apelado omitiu que houve uma redução

Acesso ao Sumário

da renda esperada de R$15.000,00 para R$13.215,00 (R$2.202,50 para cada unidade) em virtude da redução da metragem do empreendimento. Ademais, a unidade 125 já está ocupada por morador indicado pelo apelado não se sabe desde quando, de modo que seriam indevidos valores a título de renda esperada relativamente a ela. Alega ausência de contraprestação do apelado a justificar a execução do contrato, porquanto as unidades foram entregues em fevereiro de 2014 e até o momento as chaves não foram entregues à apelante para tentar alugar ou vender tais unidades, nos termos da cláusula 1.6 da escritura. Aponta ainda a recusa injustificada de aluguel ou venda para potenciais locatários indicados pela apelante, mesmo com o aluguel igual/superior à renda esperada, conforme comprova o documento de fls.69, o que também configura ausência de contraprestação a extinguir a execução, com fulcro nos artigos 787, 803, I e 924, I do CPC. Esclarece a ocorrência de excesso de execução, na medida em que o exequente não esclarece como chegou no valor de R$17.786,00, o que também enseja a extinção da execução por falta de liquidez. Defende que como no Termo de Comparecimento não foram disponibilizadas as chaves para a apelante, caso se entendesse que a real disponibilização das mesmas se deu a partir de outubro de 2016, ainda assim as parcelas exigíveis só poderiam ser contadas a partir de novembro de 2016, e mesmo assim somente com relação a 5 unidades, já que a unidade 125 já se encontra habitada por morador indicado pelo apelado não se sabe desde quando. Sustenta que se algo fosse devido seriam apenas R$11.012,50 (considerada a redução de metragem do empreendimento e a unidade já habitada) apenas nos meses de novembro, dezembro e janeiro, o que totalizaria R$33.037,50 e não o valor executado, de modo que os embargos devem ser acolhidos, ficando prequestionados todos os dispositivos legais mencionados em suas razões recursais.

Recurso em ordem, recebido e com resposta (fls.205/212).

É o relatório.

Inicialmente, cumpre salientar tratar-se de embargos de devedor apresentados pela apelante em face da ação de execução com lastro nas escrituras públicas colacionadas às fls.27/31, 32/38 e 42/46.

A execução em questão encontra respaldo legal no artigo 784, II do CPC, "in verbis": "Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: (...) II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor;".

Assim, a demanda executiva encontra respaldo em documento válido admitido nos termos da lei como título executivo extrajudicial.

Tampouco se sustenta a alegada inexistência de liquidez ou exigibilidade dos títulos.

A análise dos documentos existentes nos autos permite verificar que os valores devidos pela executada ao exequente foram expressamente avençados

Acesso ao Sumário

mediante Escritura Pública no patamar de R$15.000,00 (com reajustes anuais) a título de "renda esperada" até a locação/venda das unidades (fls.35/36).

Por sua vez, não se pode admitir a pretendida redução do valor devido a título de "renda esperada" em razão da alteração da metragem das unidades. Isso porque tal questão já havia sido prevista e objeto de transação entre as partes nos termos do documento de fls.42/46, que retificou a Escritura Pública consignando a ocorrida variação da metragem das unidades, mas não alterando o valor mensal pactuado, quando deveria ter feito se esta fosse a vontade das partes, razão pela qual se aplica ao caso o princípio da "pacta sunt servanda", preservando-se a vontade explicitada pelas partes no negócio jurídico em questão.

E ainda que assim não fosse, e se permitisse a ingerência estatal sobre a legítima vontade expressa pelas partes no título executivo em questão, a pretensão da apelante não poderia prosperar. Isso porque, considerando-se ser comum em empreendimentos imobiliários a ocorrência de pequena variação na metragem das unidades autônomas sem que isso ocasione sua efetiva desvalorização no mercado, não restou sequer minimamente demonstrado nos autos pela apelante que a alegada redução de metragem teria sido de tal monta a ensejar um impacto negativo suficiente para reduzir a "renda esperada" pactuada entre as partes, muito menos no patamar de R$13.215,00 indicado em suas razões recursais.

O cálculo de fls.50, a despeito de atender o requisito exigido pelo art. 917, §3º do CPC quanto à indicação do valor que o devedor admite ser incontroverso, não se presta a demonstrar a redução sustentada na "renda esperada" devida contratualmente.

Por sua vez, o documento de fls.69, produzido pela própria apelante em mensagem eletrônica enviada por seus prepostos, evidencia que o valor atualizado do aluguel das unidades em questão, devidamente atualizado e já considerando a variação da metragem, seria de R$17.786,00 em agosto de 2016, exatamente o valor consignado pelo exequente em sua inicial (fls.52).

Neste sentido fundamentou o douto magistrado "a quo" que: "Há que se afastar, de plano, o impacto da mudança fática (alteração da metragem das unidades) na relação jurídica entre as partes. Isto porque tal questão já foi objeto de transação entre si, conforme se nota no documento de fls.42/46, que retificou a Escritura Pública neste ponto (itens terceiro e quinto - fls.43/44). Outrossim, não há que se falar em alteração do valor mensal pactuado, de R$15.000,00, com os devidos reajustes anuais, relativo à "renda esperada" até a locação/venda, das unidades (fls.35/36). A uma, porque não foi objeto de oportuna alteração na Escritura Pública, como ocorreu em relação à variação da metragem das unidades. A duas, por que inexiste prova nos autos do impacto negativo desta alteração na expectativa de "renda esperada" relativa a estes imóveis, não tendo se desincumbido do seu ônus probatório, a teor do art. 373, II, do CPC"

Acesso ao Sumário

(fls.171/172).

Tampouco há falar-se em abatimento dos valores devidos relativamente à unidade 125, pois se verifica que ela foi objeto de transação extrajudicial validamente firmada entre as partes, conforme e-mails de fls.91/92 e 105/106, sendo certo que a redução proporcional da "renda esperada" ocorreria apenas a partir da parcela a ser paga em dezembro de 2016, enquanto a execução objetiva a satisfação dos valores vencidos e não pagos nos meses de agosto, setembro, outubro e novembro de 2016.

A alegada ausência de contraprestação por parte do exequente, supostamente impedindo a locação ou venda das unidades autônomas pela executada, tampouco restou minimamente comprovada nos autos, sendo certo que caso a executada julgasse os fatos narrados como causa de extinção das obrigações que assumiu perante o exequente, deveria ter denunciado judicialmente o contrato para se eximir dos pagamentos com os quais se comprometeu. Não o fez, contudo, devendo observar a força obrigatória dos contratos, sendo certo que o próprio título executivo não condiciona expressamente o pagamento da "renda esperada" à entrega das chaves, nem tampouco autoriza a cessação dos pagamentos no caso de inadimplemento do exequente que, repise-se, sequer restou demonstrado nos autos.

Tais conclusões não restaram infirmadas pelas razões recursais da apelante, não se podendo alcançar outra conclusão senão que os valores executados encontram estrito respaldo nas obrigações assumidas pelas partes no título executivo em questão.

Em suma, seja em virtude a higidez do título executivo ora verificada, da inadimplência confessa, seja em razão da apelante não ter se desincumbido o ônus que lhe era imposto pelo art. 373, II do CPC de comprovar os elementos fundamentadores de sua pretensão, a improcedência dos embargos apresentados era medida de rigor.

Por tais motivos, fica mantida a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos (artigo 252 do RITJ/SP c/c art. 23 do Assento Regimental nº 562/2017), ora adotados em complemento aos do presente voto.

Nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000463-89.2017.8.26.0369, da Comarca de Tanabi, em que é apelante ANANIAS PEREIRA DOS SANTOS, é apelado BANCO BMG S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Em julgamento ordinário, por maioria de votos, deram parcial provimento ao recurso, vencido o 2º Desembargador que declara. Em julgamento continuado, por maioria de votos, deram parcial provimento ao recurso, vencido o 2º Desembargador.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28338)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIMÕES DE VERGUEIRO (Presidente), MAURO CONTI MACHADO, COUTINHO DE ARRUDA E JOVINO DE SYLOS.

São Paulo, 27 de agosto de 2018.

MIGUEL PETRONI NETO, Relator

Ementa: Ação declaratória c/c indenizatória - Contrato bancário - Cartão de crédito consignado - Pedido fundamentado na alegação de indevido comprometimento da reserva de margem consignável e de não celebração do contrato - Indeferimento da exordial afastado - Impossibilidade de se exigir da parte autor a exibição de contrato que nega ter celebrado - Inadmissibilidade de prova negativa

Julgamento do feito nos termos do § 3º, do art. 1.013, do CPC/2015 - Med. Prov. 681/2015 (convertida na Lei 13.172/2015) que ampliou o limite dos descontos em proventos de 30% para 35%, mas cingiu a alíquota de 5% ao cartão de crédito consignado - Ausência de irregularidade - Eventual vício de consentimento não verificado - Instrumento contratual devidamente assinado e que permite à parte autora compreensão das condições estabelecidas - Utilização do cartão para saque evidenciada - Não ocorrência das hipóteses do art. 138 do CC e do art. 46 do CDC - Pedido inicial improcedente - Recurso parcialmente provido

VOTO

1. Cuida-se de ação declaratória de inexigibilidade de débito correspondente a cartão de crédito consignado que o autor nega ter celebrado, cumulada com indenização por dano moral decorrente dos indevidos descontos em seu benefício previdenciário.

A decisão de fls. 31, reiterada pela decisão de fls. 54, determinou ao autor

Acesso ao Sumário

a juntada do contrato celebrado com o réu ou a demonstração de que requereu administrativamente referido documento sem o atendimento pelo réu.

A r. sentença assim decidiu: "*Vistos. Tendo em vista a certidão de pág. 62 e o que constou do despacho de pág. 54, com fundamento no art. 321, Parágrafo único do CPC, REJEITO LIMINARMENTE A PETIÇÃO INICIAL desta ação ajuizada por ANANIAS PEREIRA DOS SANTOS contra BANCO BMG S/A. Condeno o autor nas custas. Oportunamente, com o trânsito em julgado e providências de praxe, arquivem-se. P.R.I. Tanabi, 09 de agosto de 2017.*".

Apela o autor com o propósito de ver anulada a r. sentença, pretendendo o prosseguimento do feito, alegando que não celebrou o contrato descrito na exordial, afigurando-se impossível impor-lhe a apresentação do referido documento, sendo perfeitamente cabível a determinação ao réu para que proceda a exibição incidental (fls. 67/74).

O recurso foi recebido e, citado, o réu apresentou contrarrazões (fls. 81/87) instruída com documentos (fls. 88/118) e concedida vista deles ao autor (fls. 127/129).

É o relatório.

2. O indeferimento da exordial comporta afastamento.

Simples leitura da petição exordial permite inferir que o autor negava a celebração de contrato, mostrando-se ilógica a determinação para apresentação de documento cuja existência ele sempre infirmou.

Portanto, à instituição financeira ré incumbe a demonstração inequívoca de que a contratação infirmada, de fato, se realizou, bastando para tanto que traga aos autos o instrumento correspondente devidamente subscrito pela autora, ou ainda, prova cabal da contratação informal.

Absolutamente descabido exigir-se que a parte autora comprove que não celebrou o contrato, pois se estaria exigindo prova negativa, proceder vedado no ordenamento jurídico processual vigente. Essa espécie de prova, também conhecida como "*diabolica probato*" é impossível de ser realizada. "*Provar o nada é nada provar*".

Imperioso, portanto, o afastamento do indeferimento da petição inicial.

3. Realizada a intimação do réu para apresentação de contrarrazões, apresentou ele os documentos que comprovam a celebração do contrato infirmado, o que possibilita o julgamento da lide, nos termos do § 3º, do artigo 1.013, do novo Código de Processo Civil.

Importante registrar que, cientificado o autor da juntada de documentos pelo réu, quedou-se ele silente (fls. 129).

A Medida Provisória 681/2015 - convertida na Lei 13.172/2015 - majorou o limite consignável de 30% para 35% dos rendimentos do devedor de

Acesso ao Sumário

empréstimo consignado. Contudo, os 5% excedentes têm destinação adstrita a pagamento de cartão de crédito, mediante pagamento das faturas por meio de desconto em vencimentos, ou seja, cartão de crédito consignado.

Destarte, em princípio, não há ilegalidade do alegado comprometimento da reserva de margem consignável (RMC) com a celebração desse tipo de contrato.

Sobre eventual vício de consentimento na celebração do contrato, o instrumento de fls. 88/91, subscrito pela parte autora, possui todas as informações necessárias para que ela bem tivesse ciência das condições do contrato, que inclusive previu a autorização para desconto em seus proventos. A fls. 96 fica evidenciado que a parte autora realizou saque por meio do cartão de crédito consignado.

Como é cediço, o cartão de crédito consignado prevê um desconto do pagamento da fatura, limitado ao percentual correspondente aos proventos do devedor. A ele incumbe realizar o pagamento da diferença junto ao credor para que não incidam encargos financeiros, também previstos em contrato, sobre o valor não adimplido.

O vício de consentimento que comporta anulação são aqueles previstos no Código Civil, erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude contra credores.

No caso, a hipótese aventada seria de erro quanto a natureza do negócio entabulado. Contudo, assim preconiza o artigo 138 do Código Civil:

"*Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.*"

Não há nos autos evidência de que a parte autora não tinha condições de aperceber-se do que estava contratando.

Tampouco se verificou a hipótese prevista no artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor:

"*Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.*"

A propósito do tema, a Corte Bandeirante assim tem-se posicionado:

"BANCÁRIO - Ação de repetição de indébito, cumulada com pedido de indenização por danos morais - Cartão de crédito consignado - Sentença de improcedência - Provas comprovam regular contratação de cartão de crédito, dando ensejo a descontos e a reserva de margem

Acesso ao Sumário

consignável - Repetição e indenização, incabíveis - Sentença mantida - Apelo desprovido." (Apelação nº 1001565-49.2017.8.26.0369, Rel. José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto, 15ª Câmara de Direito Privado, j. 1º/2/2018).

"Ação de obrigação de fazer c/c danos morais e repetição de indébito com tutela de urgência. Descontos efetuados no benefício previdenciário, a título de 'Reserva de Margem Consignável'. Sentença de improcedência. Apelação. Decisão confirmada. Argumentos dela que são adotados nos moldes do art. 252 do RITJ. Precedentes desta Corte e da Corte superior. Pontos relevantes da decisão. Termo de adesão ao cartão de crédito consignado assinado pela autora. Contrato que prevê autorização prévia da beneficiária. Assinatura não impugnada. Contratação comprovada. Abusividade não verificada. Sentença mantida. Honorários majorados. Recurso desprovido." (Apelação nº 1038328-10.2017.8.26.0576, Rel. Virgílio de Oliveira Júnior, 21ª Câmara de Direito Privado, j. 31/1/2018).

"DANOS MORAIS C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO - pretensão da autora fundada na não contratação de cartão de crédito e na falta de autorização para a 'Reserva de Margem Consignável' - requerido que comprovou a contratação do cartão, bem como a previsão contratual de desconto do 'pagamento mínimo' no benefício previdenciário - prova documental que demonstrou saque da autora no valor de R$1.906,00 e desconto direto apenas do 'pagamento mínimo' - inexistência de conduta ilícita do requerido - demanda improcedente - recurso improvido." (Apelação nº 1010269-88.2016.8.26.0077, Rel. Jovino de Sylos, 16ª Câmara de Direito Privado, j. 15/8/2017).

Como já dito, a natureza do contrato e as suas cláusulas são absolutamente claras. Tanto assim o é que a parte autora realizou saque de R$ 1.687,26, conforme se extrai de fls. 96.

Analisando-se por qualquer ângulo a presente lide, não se demonstrou que a parte autora não tinha conhecimento das informações do contrato, não havendo que se falar em vício de consentimento.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso para afastar o indeferimento da exordial, porém julgando-se improcedente o pedido inicial.

Formada a relação jurídica processual, arcará o autor com custas, despesas processuais e honorários advocatícios ora fixados em 15% sobre o valor da causa atualizado, nos termos dos §§ 2º e 11 do artigo 85 do novo Código de Processo Civil, com a ressalva de que tais verbas só poderão ser exigidas se houver comprovação de que ele não mais reúne os requisitos para a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, nos termos do § 3º do artigo 98 do novo Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 39371)

Peço licença ao eminente Desembargador Relator, para dele divergir sobre o resultado do julgamento, relevando os seguintes fundamentos que entendo aplicáveis à espécie, a saber:

Em primeiro lugar, pertinente estabelecer que as relações entre Banco e cliente são de consumo; o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 3º, § 2º, inclui expressamente, malgrado resistências, as atividades bancárias, financeiras, de crédito e securitárias no conceito de prestadoras de serviço.

Assim, perfeitamente cabível a análise do contrato aqui discutido à luz do Código de Defesa do Consumidor.

Estabelecido isto, tem-se que se frisar inicialmente no caso em comento que a parte autora não questiona a contratação de empréstimo consignado. O que contesta é a contratação de cartão de crédito com reserva de margem consignada, com cobrança mensal incidindo sobre o seu benefício sem que sequer o plástico tenha sido recebido, desbloqueado ou utilizado.

Nessa toada, é incontroverso dos autos também a não entrega do plástico, já que afirmado claramente pela autora (fl. 3) e em momento algum combatido pelo réu, em suas contrarrazões à apelação (fls. 80/87).

Além disso, cabível apontar curiosa peculiaridade do contrato firmado entre as partes (fls. 88/91). À fl. 91 consta cláusula em que o réu é dispensado do envio de via física da fatura do cartão, já que disponibilizaria o demonstrativo mensal por meio de Internet Banking. Isso em contrato em que sequer foi preenchido o campo "E-mail", como se observa à fl. 88.

Em resumo, a parte autora pensou ter contratado simplesmente um empréstimo consignado, o que é incontroverso dos autos, inclusive com a transferência dos valores para sua conta, mas em verdade aderiu a contrato de cartão de crédito consignado, sendo que sequer recebeu o referido cartão e tampouco teve acesso às faturas, já que era descontado automaticamente de seus proventos. Não há qualquer prova de uso do cartão, ainda que os descontos tenham se efetivado desde **novembro de 2015**.

Ou seja, há claro vício no serviço, com um contrato de cartão de crédito sendo utilizado como forma de empréstimo consignado.

Aqui não se discute a possibilidade de contratação de cartão de crédito com reserva de margem consignável, mas sim a ocorrência de uma falha no dever de informar do banco réu, que firmou contrato com a parte autora para a prestação de um serviço, porém executou outro.

Não bastasse, o extrato disponibilizado pelo Instituto Nacional do Seguro

Acesso ao Sumário

Social - INSS (fls. 20/21) demonstra a evolução do débito, que, mesmo diante do pagamento mensal, reduz-se em ritmo vagaroso, com os valores descontados servindo basicamente para pagamento de juros.

Em recente decisão, o E. Des. Jovino de Sylos, componente desta Colenda Câmara, esclareceu que "... o réu travestiu os saques e/ou compras que poderiam ser feitas com o limite do cartão de crédito, já liberando o montante total desse limite através de TEDs, com o intuito de fazer incidir os encargos superiores aos da modalidade de empréstimo consignado e sempre sobre o rotativo do saldo não quitado pela parcela mínima de 5%, além do IOF que incidirá todos meses sobre o saldo do rotativo, tornando o crédito muito mais oneroso para o autor. 12. Nem se diga que o requerente podia simplesmente quitar a fatura integralmente e se livrar dos encargos sobre o saldo remanescente do rotativo, pois, se ele procurou a instituição financeira para solicitar um empréstimo consignado, por óbvio não possuía disponibilidade financeira para quitá-lo já no mês seguinte" (Apelação nº 1038155-83.2017.8.26.0576, j. 15.06.2018).

Assim, tem-se que a parte autora assumiu obrigação excessivamente onerosa, com dívida praticamente impagável, claramente sem informação adequada sobre o que de fato estava contratando. Com isso, observando-se o previsto no artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, o contrato deve ser anulado nesta parte, com o cancelamento do cartão de crédito e a vedação dos descontos efetuados mensalmente. Os valores já pagos deverão ser descontados da quantia ainda a ser paga relativa aos empréstimos realizados, já que houve a transferência dos valores a autora. Para o adimplemento de tais empréstimos, devem ser empregadas as taxas médias do período da contratação.

Diante da falha na prestação do serviço, tem-se clara a imensa frustração da parte autora, que se viu ludibriada pela instituição bancária, arcando com prestações decorrentes de serviço que não pretendia contratar, configurando-se como fonte de abalo moral.

O direito à honra pode ser compreendido, dentre outras variações, como o bom nome, o prestígio, a reputação, estima e decoro, além da consideração e o respeito perante os semelhantes, independente de existir um prejuízo material daí decorrente, certo e determinado, contrariamente ao invocado na exceção levantada, pois é indiferente ao império do Direito ao relevar à reparação do dano moral, apenas e tão somente, a prática do ato ilícito e não o virtual prejuízo que terá importância na fixação da indenização que vier a ser acolhida como devida finalmente. A honra é o ("...") sentimento de nossa dignidade própria (honra interna, honra subjetiva), quer como apreço e respeito de que somos objetos ou nos tornamos merecedores perante os nossos concidadãos (honra externa, honra objetiva, reputação, boa fama).

Assim como o homem tem direito à integridade do seu corpo e do seu

Acesso ao Sumário

patrimônio econômico, tem-no igualmente à indenidade do seu amor-próprio (consciência do próprio valor mora e social, ou da própria dignidade ou decoro) e do seu patrimônio moral.

Cumpre esclarecer que os danos morais aqui apontados são daqueles danos que emergem "in re ipsa", isto é, aqueles cuja existência se presume de modo absoluto ("iuris et de jure") e que, por certo, dispensam a comprovação da dor, do sofrimento, da angústia e da desolação, sendo "da natureza das coisas" que o sofrimento impingido era indiscutível. No que pertine ao montante da verba indenizatória, cumpre salientar que o dano moral, "se não é verdadeiramente, dano suscetível de fixação pecuniária equivalencial, tem-se de reparar eqüitativamente" (Pontes de Miranda).[1]

"In casu", é aplicável a teoria do valor do desestímulo em que o "quantum" fixado deve ser de valor hábil a incutir naquele que agiu incorretamente uma repercussão tal que iniba a sua conduta antijurídica, impedindo a reiteração de seu ato, levando-se sempre em conta a capacidade patrimonial do causador do dano e daquele que o sofreu, com o escopo de não transformar também tal evento em enriquecimento sem causa.

Daí porque se deve relevar para esse fim os princípios da proporcionalidade e o da razoabilidade, sendo preciso definir uma quantia que se amolde à dupla finalidade da indenização - sancionatória e educativa -, de maneira que se revele tanto a coerção para que o transgressor, punido, entenda que é melhor pautar o seu comportamento de forma inversa, respeitando a norma, e, ainda, propicie à vítima uma satisfação material pelo dano extrapatrimonial sofrido, sem que dele advenha, é certo, o enriquecimento sem causa.

Feitos esses esclarecimentos que entendo indispensáveis para ser compreendido como foi finalmente obtida a indenização pelo abuso contratual ocorrido, condeno o réu Banco BMG S/A ao pagamento da quantia de R$5.000,00, que deverá ser devidamente atualizada pelos índices da Tabela Prática deste E. Tribunal de Justiça, a partir deste julgamento (Súmula nº 362, do E. Superior Tribunal de Justiça), e acrescida de juros moratórios de 1% ao mês, a contar da citação, vez que se trata de dano originário de relação contratual (STJ, AgRg no AREsp nº 318062/RS, 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJ 12.02.2015).

Em processo semelhante, inclusive com o mesmo réu, esta Câmara decidiu na mesma linha:

> "Com efeito, restou incontroversa a existência da relação jurídica entre as partes, notadamente porque celebraram contrato de cartão de crédito. Contudo, o cartão mencionado não foi utilizado para efetivação de saque do valor do empréstimo, na medida em que o valor fora depositado diretamente na conta corrente do autor (fls. 120 e 205), passando a sofrer

1 MIRANDA, Pontes de, Tratado de Direito Privado, Tomo 54, parágrafo 5.536, n.1, pg. 61.

Acesso ao Sumário

débito em folha referente à reserva de margem consignável.

Após análise dos documentos carreados aos autos, infere- se que o contrato de cartão de crédito foi utilizado pela ré como forma de empréstimo consignado, vez que os extratos juntados a fls. 98/115 comprovam que não foi realizada qualquer outra operação financeira pelo autor mediante uso do referido cartão de crédito. Observa-se que nas faturas mensais apenas constam a evolução do débito e o desconto referente à reserva de margem consignável, que praticamente são insuficientes para amortizar o principal da dívida.

Observa-se que os extratos de fls. 98/114 demonstram a evolução do débito no período de quase um ano, por meio dos quais se nota que a dívida principal foi abatida em pouco mais de R$100,00 (cem reais). Logo, a parte autora assumiu obrigação excessivamente onerosa, vez que a dívida jamais será quitada, pois os descontos realizados no benefício do autor são insuficientes para cobrir os encargos financeiros gerados pela dívida.

Por conseguinte, o contrato de cartão de crédito juntado pelo réu para justificar a cobrança é nitidamente abusivo e deve ser anulado, tendo em vista que a parte autora não fora adequadamente informada de seus termos, ficando vinculada a uma obrigação que praticamente será eternizada, levando-se em consideração a taxa juros remuneratórios contratada, no percentual de 3,06% ao mês e 43,58% ao ano (fls. 90).

Evidente que a relação jurídica existente entre as partes é regida pelo Código de Defesa do Consumidor, na medida em que a ré é fornecedora de serviços bancários e, o autor, por sua vez, destinatário final dos mencionados serviços, conforme dispõe os artigos 2º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor. Assim, dispõe o artigo 51, inciso IV, do diploma legal acima mencionado que: 'São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV. Estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade'.

Nesse sentido, verifica-se que o autor, na pretensão de obter um empréstimo consignado, acabou celebrando contrato de adesão à cartão de crédito sem ter sido informado a respeito da eternização da dívida contraída. Isto é, caso o consumidor tivesse sido adequadamente informado jamais teria celebrado o negócio jurídico em questão.

Dessa forma, deve ser declarada a ilegalidade do contrato firmado entre as partes, determinando-se o cancelamento do cartão de crédito com reserva de margem consignável, com a consequente vedação dos descontos

Acesso ao Sumário

realizados diretamente no benefício previdenciário do autor, no valor de R$54,56 (cinquenta e quatro reais e cinquenta e seis centavos).

Contudo, o pedido de restituição em dobro dos valores já descontados é mesmo improcedente. Isso porque a instituição financeira ré, de fato, disponibilizou na conta corrente do autor o valor de empréstimo contratado, de sorte que os valores descontados em folha de pagamento do autor deverão ser utilizados para amortização do valor do empréstimo, que passará a seguir as condições para concessão de empréstimo consignado, utilizando-se as taxas médias praticadas na época da disponibilização do crédito.

Caracterizada, assim, a falha na prestação dos serviços bancários, a condenação ao pagamento de indenização por danos morais é medida de rigor, tendo em vista que o autor responde por situação a que não deu causa, vez que jamais quis contratar serviços de cartão de crédito, ainda mais na forma como descrita nos autos". (TJSP, Apelação nº 1001890-65.2017.8.26.0032, 16ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des Daniela Menegatti Milano, j. 12.12.2017)

Desse modo, acolho parcialmente o recurso da parte autora, para declarar a anulação do contrato nesta parte, com a utilização dos valores pagos para amortizar a dívida contraída pela parte requerente, de forma simples, e condenar o requerido ao pagamento de indenização por danos morais.

Posto isto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso.

MAURO CONTI MACHADO, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1017700-94.2016.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante VANDERLEI SOUZA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BV FINANCEIRA S/A CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33017)**

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

São Paulo, 3 de outubro de 2018.

JOVINO DE SYLOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação de obrigação de fazer - postulante que objetiva cópia de contrato de financiamento/empréstimo entabulado entre as partes - documentação apresentada pelo réu, com extinção do feito (art.487, I, do CPC) - ausência de comprovação do recolhimento das custas de preparo no ato da interposição do recurso - embora oportunizado, também não efetuou recolhimento em dobro (art. 1007, § 4º do CPC/15) - decreto de deserção - recurso não conhecido.

VOTO

1. Cuida-se de ação de obrigação de fazer, movida por Vanderlei Souza Silva em face de BV Financeira S/A, objetivando a exibição do contrato de financiamento/empréstimo nº 171046095 firmado com o réu, na medida em que não logrou êxito em obtê-lo administrativamente.

2. A r. sentença de fls. 79/81, diante da exibição da documentação pretendida pelo autor, julgou extinto o feito com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I do CPC. Custas e despesas pela parte autora, não incidindo honorários advocatícios, ressalvada a gratuidade judiciária concedida.

3. Irresignado, recorreu o postulante a este Tribunal para reforma do "decisum", insistindo na condenação do réu ao pagamento das custas e honorários advocatícios, além de pena por litigância de má-fé.

4. O recurso foi processado e respondido (fls.130). Os autos subiram em seguida.

5. O r. despacho de fls. 140 determinou o recolhimento do preparo, no prazo de 5 dias, sob pena de deserção, conforme disposto no art. 99, §5º c.c. art. 1007, § 4º do CPC/15.

6. O autor requereu o prosseguimento do feito sem o recolhimento do preparo recursal, alegando legitimidade concorrente e aplicação da Súm. 306 do STJ (fls.143/144), a que foi indeferido, determinando-se mais uma vez o cumprimento do despacho anterior (fls.146).

7. O apelante quedou-se silente (fls.149).

É o relatório.

8. O caso é de deserção do apelo. É certo que o art. 1007, "caput", do CPC/15 estabelece que: "No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno (dispensados em autos eletrônicos), sob pena de deserção". E, como o apelante não efetuou o indigitado recolhimento no momento oportuno, foi determinado que recolhesse o valor do preparo no prazo de cinco dias, conforme disposto no § 4º do art. 1007 do estatuto adjetivo, após

Acesso ao Sumário

regular intimação.

9. Todavia, ainda que assim oportunizado ao recorrente o atendimento das exigências legais, permaneceu silente, deixando de preencher os requisitos de admissibilidade recursal.

10. Nessas circunstâncias, resolve-se decretar a deserção do recurso, portanto com seu não conhecimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1018177-88.2017.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante CLARA SAMBIASE PRIVATO, é apelada LAN AIRLINES 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: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22820)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores J. B. FRANCO DE GODOI (Presidente) e JOSÉ MARCOS MARRONE.

São Paulo, 4 de outubro de 2018.

SÉRGIO SHIMURA, Relator

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA - TRANSPORTE AÉREO - EMPRESAS AÉREAS PARCEIRAS - "CODESHARE" - EXTRAVIO DE BAGAGENS - VIAGEM DE SÃO PAULO A BERLIM (ALEMANHA) - Autora que foi obrigada a comprar roupas e demais itens necessários à viagem, diante do extravio da bagagem - Ré que deve ser responsabilizada considerando que integra a cadeia de fornecedores dos serviços de transporte aéreo - Falha na prestação de serviços de transporte aéreo - Responsabilidade objetiva e solidária das companhias aéreas que são parceiras - Autora que comprou passagens aéreas entre São Paulo a Berlim (Alemanha). Ré que mantém acordo de cooperação ("codeshare") com outra companhia aérea (Brussel). Pouco importa se o bilhete foi emitido por uma companhia aérea (no caso em tela, pela LATAM),

Acesso ao Sumário

pois todos os que participam da cadeia de consumo respondem (objetiva e solidariamente) pelos danos causados aos consumidores (arts. 7º, 14 e 25, CDC). Ainda que o voo da autora tivesse conexão em outras cidades, a mal deveria despachada deveria seguir diretamente ao destino final (Berlim/Alemanha). Valor da indenização que deve ser limitada a 1000 DES previsto na Convenção de Montreal - Sentença reformada - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Trata-se de ação proposta por CLARA SAMBIASE PRIVATO contra LAN AIRLINES S/A, objetivando a indenização pelos danos materiais e morais, decorrente do extravio de sua bagagem.

Sobreveio sentença de extinção sem resolução do mérito, cujo relatório se adota, sob o fundamento de que a empresa ré foi contratada tão somente para realizar o primeiro trecho da viagem, sendo que o extravio da bagagem ocorreu por responsabilidade da outra empresa (Brussels); pela sucumbência, a verba honorária foi arbitrada em R$ 500,00 (fls. 61/62).

Inconformada, a autora vem recorrer, sustentando, em resumo, que comprou uma viagem com destino a Berlim (Alemanha), sendo o voo com escalas nas cidades de Londres e Bruxelas. Diz que na ocasião despachou a mala no guichê da ré, sendo que a mala deveria ser retirada apenas no destino final, o que não ocorreu. Em razão da falha na prestação do serviço foi obrigada a comprar roupas e produtos de higiene pessoal; diz assim que a situação lhe causou danos morais (fls. 64/74).

Recurso devidamente processado, sem resposta.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Cuida-se de ação indenizatória em que a autora pretende a reparação pelos prejuízos sofridos em virtude de extravio de sua bagagem.

Da leitura dos autos, infere-se que a autora adquiriu passagem aérea - pelo sítio VIAJANET.COM.BR - de São Paulo para Berlim (Alemanha) com escala nas cidades Londres/Inglaterra e Bruxelas/Bélgica (fls. 22/24).

Chegando em Berlim, constatou que a sua mala havia sido extraviada, situação que lhe causou diversos transtornos, pois foi obrigada adquirir roupas e itens de higiene pessoal.

Diante desse contexto, o recurso merece prosperar.

Acesso ao Sumário

No caso dos autos, a autora adquiriu por intermédio do sítio VIAJANET as passagens aéreas de ida e volta entre São Paulo até Berlim (ALE), com escalas na cidade de Londres (ING) e em Bruxelas (BEL) (fls. 22/24).

A ré LAN AIRLINES S/A (incorporadora da LATAM S/A) tenta se eximir de sua responsabilidade, alegando culpa de terceiro, pois o extravio da bagagem se deu no trecho operado por outra companhia aérea, no caso pela BRUSSELS.

Entretanto, o argumento da ré se mostra pueril e totalmente inconsistente.

No caso vertente, houve um único contrato de transporte (entre São Paulo até Berlim). A passagem aérea se refere ao trecho São Paulo - Berlim, malgrado os serviços de transporte tenham sido prestados em determinado trecho por empresa parceira (no caso BRUSSELS).

Como cediço, esse acordo de cooperação ("codeshare" ou código compartilhado) permite que várias companhias aéreas compartilhem o *mesmo voo*, oferecendo mais destinos aos passageiros do que uma única companhia isolada poderia oferecer.

Além de aumentar a oportunidade para outros destinos aos consumidores, as empresas aéreas (fornecedoras) também têm benefícios e lucros com tal parceria, estendendo sua malha, frequências de voo e ampliação das conexões.

De conseguinte, pouco importa se o bilhete foi emitido por uma companhia aérea (no caso em tela, pela LATAM), pois todos os que participam da cadeia de consumo e concorrem para a ofensa, respondendo - objetiva e solidariamente - pelos danos causados aos consumidores (arts. 7º, 14 e 25, CDC).

Nesse sentido entende o c. STJ: "APELAÇÕES CÍVEIS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. EXTRAVIO E PERDA DE OBRAS ARTÍSTICAS EM VOO INTERNACIONAL. MAJORAÇÃO DO QUANTUM. NECESSIDADE. MÁCULA IRRETORQUÍVEL À CARREIRA E IMAGEM DA AUTORA. DISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. NECESSIDADE DE CORREÇÃO. INAPLICABILIDADE DA CONVENÇÃO DE MONTREAL EM DETRIMENTO DO CDC. **PARCERIA (CODE SHARE) ENTRE EMPRESAS AÉREAS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MANIFESTA FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.** JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. ÍNDICES E DATAS DE INCIDÊNCIA. FIXAÇÃO DE OFÍCIO. QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA. I. (...) II. (...) III. (...) IV. **As empresas aéreas contratadas pelo sistema code share respondem solidariamente por danos causados aos passageiros (art. 25, do CDC), sendo que qualquer delas tem legitimidade para ocupar o polo passivo da demanda indenizatória.** (...)" (AREsp 388975/MA, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 23/09/2013) (g/n).

No bilhete aéreo comprado perante a empresa Viajanet, consta como número de voo, tanto o número da LATAM (9684) como o da BRUSSELS

Acesso ao Sumário

(2096 e 2591) (fls. 22/24).

Corroborando a parceria entre a LATAM e BRUSSELS, restou demonstrado que a autora, no momento do embarque, despachou sua mala diretamente ao destino final, ou seja, para o aeroporto de Berlim/Alemanha (fl. 21).

Diante da presença de elementos suficientes para o julgamento da lide nesta instância, passa-se à análise do mérito da ação, nos termos do art. 1.013, §3º, I, CPC/2015.

Falha na prestação de serviços. Danos materiais e morais. No caso dos autos, restou evidenciada a falha na prestação dos serviços vez que ficou devidamente demonstrado nos autos que a bagagem da autora foi extraviada ainda na viagem de ida.

Também é evidente que a autora não dispunha de qualquer peça de roupa ou itens de higiene, sendo obrigada a comprar o mínimo necessário para sua estadia de quase 30 dias na Alemanha. E a prova documental deixa claro o montante gasto de R$ 2.280,00 (fls. 13/18), cujo valor sequer foi impugnado pela ré.

Diante das circunstâncias do caso, resta nítido o dever da ré de indenizar a autora.

Todavia, importa mencionar que o c. Supremo Tribunal Federal proferiu em sede de recurso extraordinário submetido ao regime de repercussão geral a seguinte tese: "*Nos termos do art. 178 da Constituição República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor*". (RE 636331/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. GILMAR MENDES, j. 25/05/2017).

Desse modo, ficou decidido que o limite indenizatório estabelecido nas Convenções e demais acordos internacionais é aplicável aos casos em que se postula **indenização por dano em razão do extravio de bagagem.**

Assim, o extravio de bagagem durante toda viagem internacional constitui fato que vai além de mero aborrecimento, causando ao passageiro sérios transtornos de forma a configurar abalo suscetível de reparação. Anote-se que o extravio da bagagem durante toda viagem restou incontroverso.

Observada a presunção de responsabilidade do transportador (arts. 17 e 21, alínea 2, da Convenção de Montreal, que modernizou e refundiu a Convenção de Varsóvia, promulgada pelo Decreto 5.910 de 27.09.2006), a empresa aérea deve indenizar o passageiro, consideradas as disposições referentes à sua responsabilidade civil e aos limites de indenização por danos causados, reguladas pela referida Convenção, que assim prevê:

"Artigo 22 Limites de Responsabilidade Relativos ao Atraso da Bagagem

Acesso ao Sumário

e da Carga (...) 2. **No transporte de bagagem, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a 1.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro**, a menos que o passageiro haja feito ao transportador, ao entregar-lhe a bagagem registrada, uma declaração especial de valor da entrega desta no lugar de destino, e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma soma que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino".

Desse modo, para reparação dos danos causados à autora, aplica-se a indenização tarifada da Convenção de Montreal, de modo que seu valor será o correspondente a 1.000 DES (Direitos Especiais de Saque) vigentes à época da publicação deste acórdão.

Em consequência, fica a ré condenada a arcar com o pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da condenação.

Do exposto, pelo meu voto, **dou parcial provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001401-77.2015.8.26.0006, da Comarca de São Paulo, em que é apelante VLAUDEMIR SIMÕES DIONISIO SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado JOSÉ ROBERTO GOLINELEO.

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 20.919)**

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

São Paulo, 20 de agosto de 2018.

HUGO CREPALDI, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO INDENIZATÓRIA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ODONTOLÓGICOS - Demonstração, pelo réu, de que não houve culpa ou má prestação de serviços - Ausência de cooperação do autor no momento da cirurgia que fez com que o procedimento fosse interrompido - Manutenção da

Acesso ao Sumário

sentença - Negado provimento.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Apelação interposta por **VLAUDEMIR SIMÕES DIONISIO SILVA**, nos autos da ação indenizatória que move contra **JOSÉ ROBERTO GOLINELEO**, objetivando a reforma da sentença (fls. 224/225) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível do Foro Regional de Penha de França, Comarca de São Paulo, Dr. Sinval Ribeiro de Souza, que julgou improcedente a ação, condenando o autor ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da causa.

Apela o autor (fls. 227/235), sustentando a aplicabilidade do CDC, o fato de a obrigação assumida pelos dentistas ser de resultado, e a comprovação do nexo causal entre o tratamento e os danos suportados. Aduz que não houve falta de cooperação de sua parte, e que o testemunho da sócia da esposa do apelado deve ser devidamente valorado.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 238/246), os autos foram encaminhados para julgamento.

É o relatório.

O autor **VLAUDEMIR** narra na exordial que contratou os serviços odontológicos do réu, a fim de arrancar o dente do siso, realizando-se a cirurgia em 7 de outubro de 2014. Ocorre que, após o procedimento, o autor continuou a sentir muitas dores, e o réu não prestou a assistência devida.

Procurado outro profissional, descobriu-se que, ao extrair o dente n. 38, o réu o fraturou, deixando a maior parte do dente ainda dentro da boca do autor. Foi necessário, então, que outro procedimento fosse feito para retirada da totalidade do dente. Pretende indenização pelos valores gastos com os tratamentos, além de indenização por danos morais.

Em sua defesa, o réu sustenta que somente não foi possível concluir o procedimento cirúrgico pelo estado emocional do autor, além de o autor não ter comparecido à consulta agendada para avaliação e remoção dos pontos, deixando o réu sem possibilidade de qualquer ulterior atuação. Assim, afirma a inexistência de culpa ou falha na prestação de serviços a ensejar o pagamento das indenizações pleiteadas.

Após a produção de prova pericial e oral, o Juízo a quo acolheu a tese defensiva, entendendo pela inexistência de culpa a ensejar a responsabilidade civil:

> *Cuida-se de ação indenizatória pela qual a parte autora pretende ser indenizada por danos de natureza moral, uma vez que o procedimento adotado pelo requerido para extração de seu dente do siso foi inadequado*

Acesso ao Sumário

ao deixar um pedaço de raiz residual. O laudo pericial complementar (fls. 169/171) esclarece que podem ocorrer eventuais insucessos nos procedimentos cirúrgicos dentários, decorrentes de causas diversas. Em especial, cita a cooperação do paciente durante e após o procedimento. Nesta esteira, passando aos depoimentos colhidos em audiência, a testemunha arrolada pelo requerido atuou diretamente no procedimento em questão e corrobora o argumento defensivo de que o estado emocional do autor impossibilitou a continuidade da cirurgia, motivo pelo qual teve que ser interrompida. Por outro lado, em que pesem os argumentos da parte autora, a testemunha não presenciou o procedimento e nem o acompanhou no dia. Logo, seu depoimento em nada contribui para dirimir a controvérsia. Portanto, diante da situação posta, o autor não logrou êxito em comprovar os fatos que alega, em contraste com as provas produzidas nos autos (laudo complementar e depoimento da testemunha do requerido), motivo pelo qual a improcedência do pedido é medida de rigor.

Insurge-se o autor nos termos *supra* descritos.

É certo que a relação estabelecida entre as partes é de consumo, enquadrando-se o autor e réu, respectivamente, na condição de consumidor e fornecedor prevista nos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor. E, tratando-se o réu de profissional liberal, a sua responsabilidade é objetiva, nos termos do art. 14, §4º do CDC: "*A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa*".

E, considerada a hipossuficiência técnica do autor, bem como a verossimilhança de suas alegações demonstrando a contratação e outros serviços (fls. 26/31), adequada a inversão do ônus da prova conforme dispõe o art. 6º, inc. VIII do Código de Defesa do Consumidor.

Ocorre que a parte ré se desincumbiu de seus ônus probatórios, a saber, da demonstração de que inexistiu culpa de sua parte.

Isso porque o Sr. Perito esclareceu que a participação do paciente é fundamental para o sucesso do procedimento. Ressaltou que "*a cooperação do paciente no procedimento cirúrgico define diretamente o sucesso do processo cirúrgico, onde movimentos voluntários não contribuem para a evolução do procedimento. A contribuição do paciente esta na simplicidade de seguir as orientações transmitidas pelo profissional sejam transmitidas antes, durante ou depois do procedimento. Se as orientações transmitidas pelo profissional ao paciente são seguidas a rigor o tratamento apresenta condições de ser realizado com sucesso*" (fls. 169/171).

E a prova testemunhal produzida pelo réu evidenciou que não houve a devida cooperação por parte do autor, que, muito nervoso, fez com que o procedimento fosse interrompido e não retornou para a realização do pós-operatório e continuidade do procedimento.

Acesso ao Sumário

Frise-se que a testemunha do réu não foi impugnada oportunamente, e, ainda que assim não fosse, o fato de ser sócia da esposa do réu não afasta a realidade de que esteve presente auxiliando o procedimento do autor, fato não controvertido pelo autor, sendo a testemunha mais fidedigna do caso uma vez que a testemunha do autor não presenciou os fatos.

Em síntese, a sentença bem analisou o acervo probatório. E, ainda que se trata de relação de consumo e mesmo mediante a inversão do ônus da prova, o fato é que o réu se desincumbiu de seus ônus, culminando na necessária manutenção da improcedência.

Por fim, em atenção ao disposto no artigo 85, §§ 1º e 11 do Novo Código de Processo Civil, segundo os quais o Tribunal, ao julgar o recurso, majorará os honorários fixados anteriormente, levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, determino o aumento dos honorários de sucumbência arbitrados em Primeiro Grau para 15% do valor da causa, observada a condição do autor de beneficiário da Justiça Gratuita.

Cumpre observar que a majoração dos honorários em grau recursal visa a remunerar o esforço extra desempenhado pelo patrono do vencedor, que supera àquele exercido em Primeiro Grau de jurisdição, além de constituir meio de coibir a interposição de recursos infundados, com fim estritamente protelatório.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1008538-54.2017.8.26.0099, da Comarca de Bragança Paulista, em que é apelante/apelado R. VIEIRA AUTOMÓVEIS LTDA. EPP, são apelados/apelantes LUIZ ROBERTO FERREIRA (JUSTIÇA GRATUITA) e BV FINANCEIRA S.A. CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

Acesso ao Sumário

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 da corré R. Vieira Automóveis, desprovidos os demais apelos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.385)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente), ANTONIO NASCIMENTO E BONILHA FILHO.

São Paulo, 21 de agosto de 2018.

FELIPE FERREIRA, Relator

Ementa: COMPRA E VENDA DE BEM MÓVEL. RESCISÃO CONTRATUAL C.C. INDENIZAÇÃO. 1. Se o veículo apresentou vício oculto, referente à adulteração do marcador de quilometragem, deve ser restituído o valor pago nos termos do art.18 § 1º do CDC, tendo o consumidor optado por tal solução. 2. Inviável a manutenção do contrato de financiamento firmado com o banco, devendo as partes retornar ao 'status quo ante', vez que desfeita a compra, torna o ajuste de seu financiamento imprestável. 3. Não havendo demonstração de que a conduta das rés tenha acarretado ao autor transtornos psíquicos ou degradação moral, incabível a indenização por dano moral, que deve servir de alento à dor efetivamente sofrida, e não como meio de enriquecimento sem causa. Recurso da corré R. Vieira Automóveis parcialmente provido, desprovidos os demais apelos.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação contra respeitável sentença de fls.176/181 que julgou parcialmente procedente o pedido do autor para: a) rescindir o contrato de compra e venda firmado com a ré R. Vieira Automóveis Ltda., bem como, o contrato de financiamento firmado com a ré BV Financeira S/A, condenando as rés, solidariamente, a efetuar a devolução dos valores pagos, a serem apurados em fase de cumprimento de sentença, corrigidos monetariamente pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, ambos a partir do desembolso, mediante a devolução do veículo à ré R. Vieira Automóveis Ltda.; b) condenar a ré R. Vieira Automóveis ao pagamento da importância de R$ 5.000,00, a título de danos morais, corrigidos monetariamente a contar da sentença (Súmula E.STJ 362). Condenou as rés no pagamento das custas e despesas processuais, e honorários advocatícios que fixou em 10 % do valor da condenação a que couber a cada ré.

Pleiteia a apelante ré BV financeira a reforma do julgado alegando que é parte ilegítima a figurar no polo passivo da lide, eis que a relação comercial em questão ocorreu diretamente entre o autor e o lojista. Assim, qualquer vício decorrente do veículo deve ser oposto à empresa vendedora, ausente qualquer responsabilidade da financeira. Entende ser impossível a devolução dos valores pagos e a rescisão do contrato de financiamento.

Recorre também a requerida R. Vieira Automóveis, afirmando que é de se causar estranheza que o apelado tenha realizado vistoria para transferência

Acesso ao Sumário

somente passado mais de 01 ano da compra. Aduz ter notícias de que o apelado tenha tomado ciência do suposto vício antes mesmo dos 30 dias após a compra, tendo decorrido o prazo decadencial para o ajuizamento da ação. Aponta ser necessário expedir ofício ao DETRAN a fim de que se verifique a existência de vistoria antiga. Entende que o indeferimento do ofício ao DETRAN cerceia seu direito de defesa. Aponta que nunca foi procurada ou notificada pelo autor por conta dos apontados vícios. Sustenta que a demora na transferência do bem foi causada pelo autor, colocando-se em situação de risco. Aduz não ser justo considerar eterna a garantia para os vícios. Questiona a comprovação dos danos materiais e morais.

Por fim, recorre adesivamente o autor, pleiteando a majoração da indenização por danos morais e a condenação solidária da corré BV Financeira.

Apresentadas as contrarrazões, subiram os autos a esta Corte de Justiça.

É o relatório.

Em primeiro lugar, é tempestivo o apelo apresentado pela requerida R. Vieira Automóveis, em função da suspensão de prazo do dia 28 de maio a 01 de junho e também no dia 06 de junho, em virtude da paralisação dos caminhoneiros, feriado de Corpus Christi e instabilidade do sistema.

O recurso da corré R. Vieira Automóveis merece prosperar em parte, desprovidos os demais apelos.

Como bem analisou o magistrado sentenciante, não há que se falar em decadência, eis que constatada a ocorrência de vício oculto por parte do consumidor somente quando da realização da vistoria para transferência, em 26/09/2017, e tendo sido ajuizada a ação em 10/11/2017, não transcorrido o prazo decadencial, não prosperando a alegação da ré, baseada apenas em suspeitas, de que o autor haveria realizado outra vistoria e portanto prazo teria se iniciado em momento anterior.

Ora, ainda que tenha o autor demorado a tomar as providências para transferência do veículo, não respeitando o prazo legal, tal fato não o impede de buscar tutela jurídica em face da descoberta de vício, qual seja, a alteração do hodômetro do veículo.

Acesso ao Sumário

E superada a questão referente à existência de adulteração no hodômetro do veículo, mesmo porque incontroversa, prevê o art.18 do CDC, em seu § 1º, que:

"***§ 1° Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:***

I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada,

sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço".

E de fato, verifica-se que o vício em questão não pode ser sanado, mesmo porque se trata de adulteração de característica do veículo adquirido, podendo o consumidor valer-se das faculdades do art. 18 do CDC.

E na medida em que o vínculo entre o banco e o autor decorre da vontade deste de adquirir um bem negociado com a loja de automóveis, é certo que a rescisão do contrato de compra e venda implica na rescisão do financiamento com os consequentes reflexos decorrentes do término do ajuste.

Assim, de rigor o restabelecimento da situação originária, de modo que cabe ao banco apelante valer-se das vias ordinárias para buscar o valor transferido à loja de automóveis que deu causa ao desfazimento do acordo.

Portanto, ainda que a instituição financeira apelante não tenha contribuído diretamente pelos prejuízos suportados pelo autor, o contrato de financiamento não pode subsistir, resguardado o direito de regresso, pois o contrato de financiamento foi mero acessório do contrato de compra e venda, e, assim, rescindido o principal, não há como subsistir o acessório, sendo inviável, portanto, que prevaleça um financiamento sobre compra e venda desfeita, uma vez que o acessório segue a mesma sorte do principal.

Este é o entendimento consolidado nesta Corte de Justiça, veja-se:

"APELAÇÃO - COMPRA E VENDA DE MÓVEIS PLANEJADOS - AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL CUMULADA COM PEDIDO DE DEVOLUÇÃO DE QUANTIA, INEXIGIBILIDADE DE TÍTULOS DE CRÉDITO E REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, art. 18. Responsabilidade pelo vício do produto e do serviço. Cancelamento da compra e venda formalizada com recomposição das partes ao 'status quo ante'. Contrato de empréstimo/financiamento celebrado com a instituição financeira para pagamento do preço. Vício do negócio jurídico originário (compra e venda) que afeta o negócio jurídico decorrente (financiamento). Responsabilidade solidária da loja vendedora e da instituição financeira. Contratos coligados. Inteligência do artigo 19, "caput", do CDC. Vício oculto. Rescisão dos contratos e devolução dos valores pagos. Decisão mantida. Recurso improvido" (Apelação nº 34390-86.2012.8.26.0224 Rel. Des. LUIS FERNANDO NISHI, 32ª C., j. 14/6/2016).

Por fim, não há que se falar em indenização por danos morais.

Temos que da análise do caso concreto a conduta da apelada não ensejou a indenização por danos morais pretendida, pois é sabido que: "***no plano do dano moral não basta o fato em si do acontecimento, mas, sim, a prova de sua repercussão, prejudicialmente moral***" (YUSSEF SAID CAHALI, Dano

Acesso ao Sumário

Moral, pág. 703, 2ª ed.).

Bem observa ANTONIO JEOVÁ SANTOS (*in* Dano Moral Indenizável, 4ª ed., RT, 2003, 113), que "***as sensações desagradáveis, por si sós, que não trazem em seu bojo lesividade a algum direito personalíssimo, não merecerão ser indenizadas. Existe um piso de inconvenientes que o ser humano tem de tolerar, sem que exista o autêntico dano moral***".

Esta também a lição da Profª. MARIA CELINA BODIN DE MORAES (*in* Danos à Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 188-189), veja-se:

> "***Não será toda e qualquer situação de sofrimento, tristeza, transtorno ou aborrecimento que ensejará a reparação, mas apenas aquelas situações graves o suficiente para afetar a dignidade humana em seus diversos substratos materiais, já identificados, quais seja, a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade familiar ou social, no plano extrapatrimonial em sentido estrito***".

Sobre o assunto vem se posicionando esta Corte de Justiça, conforme demonstram os seguintes arestos:

> ***"Salvo aqueles fatos que acarretem sofrimento intenso e presumido à generalidade dos seres humanos como a perda de um dos pais, de filho, ou as deformidades, os prejuízos com o dano moral por sofrimento devem ser provados. Só caracteriza o dano moral, passível de ressarcimento, a prática de ato que acarrete sofrimento intenso e profundo; simples aborrecimento decorrente de fatos, normais da vida diária, como a recusa de pagamento de seguro, não comportam reparação." (Ap. c/ Rev. 650.204-00/1 - 2ª Câm. extinto 2º TAC - Rel. Juiz NORIVAL OLIVA - J. 14.4.2003).***
>
> ***"Inadimplemento contratual implica obrigação de indenizar os danos patrimoniais e não danos morais, cujo reconhecimento implica mais do que os dissabores de um negócio frustrado." (Ap. c/ Rev. 665.445-00/3 - 2ª Câm. - extinto 2º TAC - Rel. Juiz GILBERTO DOS SANTOS - J. 12.4.2004).***

Ora, o simples fato de haver o autor descoberto a adulteração na quilometragem de seu veículo, sem que isso lhe tivesse impedido sua utilização durante o tempo de validade do contrato não faz concluir pela ocorrência de abalo moral, sendo suficiente a concessão da tutela específica para restituição dos valores pagos nos termos da lei consumerista.

Assim, por não restar demonstrado que as atitudes das requeridas tenham acarretado ao autor, transtornos psíquicos ou degradação moral, descabe falar-se em indenização por dano moral, que deve servir de alento à dor efetivamente sofrida, e não como meio de enriquecimento sem causa.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso da corré R. Vieira Automóveis para afastar a indenização por danos morais, desprovidos os demais recursos, devendo as partes arcar igualmente com as custas e despesas processuais, cabendo ao autor arcar com honorários advocatícios em favor das corrés, arbitrados em R$ 800,00, bem como ficam as corrés condenadas ao pagamento do mesmo valor ao patrono do autor, em razão da sucumbência recíproca, observado o benefício da justiça gratuita.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001391-37.2018.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LORENA ROBSON LUZ, é apelada AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA.

ACORDAM, em 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35822)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLÁVIO CUNHA DA SILVA (Presidente), ACHILE ALESINA e CÉSAR PEIXOTO.

São Paulo, 22 de agosto de 2018.

FLÁVIO CUNHA DA SILVA, Relator

Ementa: APELAÇÃO - Ação indenizatória de danos morais. Atrasos em voo internacional, um deles com atraso de 24 horas. Ausência de prova de assistência material. Decisão de procedência. Indenização moral arbitrada em R$ 5.000,00. Desproporção. Acolhimento para majoração e fixação em R$ 10.000,00 a fim de atender aos critérios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como o caráter compensatório pelo abalo sofrido e inibitório da má prestação de serviços. Juros e correção monetária. Aplicação da Súmula 362 do STJ. Descabimento do valor indenizatório pleiteado (de R$ 20.000,00). Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação (fls. 287/293) interposto contra a r. sentença (fls. 276/280) que julgou procedente a ação indenizatória por dano moral, nos seguintes termos:

"*Posto isto, julgo PROCEDENTE a presente ação e condeno a requerida ao pagamento da indenização a título de danos morais em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), corrigidos a partir desta data (Súmula nº 362 STJ), e o total com juros de 1% ao mês a partir do prazo previsto no artigo 523 do CPC. Condeno o requerido ao pagamento de custas e honorários advocatícios, que fixo em 15% sobre o débito.*"

No apelo a autora defende majoração da verba indenizatória por dano moral (fixada em R$ 5.000,00) diante do atraso em mais de um voo; perda de um dia de viagem; voo de volta com atraso de 24 horas; transtornos sofridos; alteração no seu planejamento de viagem e na data de retorno; ausência de qualquer assistência material, nos termos da Resolução da ANAC e maior fixação conforme jurisprudência. Pleiteou fixação da verba indenizatória no valor pleiteado na inicial (R$ 20.000,00).

O recurso tempestivo e preparado (fls. 294) foi contrariado (fls. 298/311).

Valor da causa em 01/02/2018: R$ 20.000,00 (fls. 12).

É o relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

Cabe frisar que somente a autora interpôs recurso que versa tão somente sobre majoração do dano moral.

Frisa-se atrasos em vários voos: São Paulo - Bogotá: 6 horas (de atraso) e Lima - São Paulo: (atraso de) 23:30 horas (fls. 18/28), nas viagens de volta. Houve, ainda, mudança no local de escala do voo entre Cartagena e Havana (fls. 20), na viagem de ida.

Restou evidente que a autora experimentou inúmeros desconfortos e constrangimentos, sem qualquer prova de assistência material, o que fortalece o cabimento de majoração do valor indenizatório por dano moral.

Observa-se que o art. 27, III da ANAC prevê necessidade de assistência material após sete horas. Portanto, deveria a requerida ter tomado todas as medidas para cumprimento das condições na forma inicialmente contratada, mormente no tocante ao dia, hora e local de partida e de chegada do voo.

Assim, mostra-se excessivo o valor pleiteado (R$ 20.000,00), de modo que fixo tal verba no montante de R$ 10.000,00, que atende os parâmetros para funções ressarcitória e inibitória, consideradas a repercussão do dano, a possibilidade econômica do ofensor e ausência de enriquecimento. Por se tratar de relação contratual de transporte, aplica-se a Súmula 362 do STJ, incidindo a

Acesso ao Sumário

correção monetária a partir deste arbitramento, e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.

No mesmo sentido entende esta Câmara e, majoritariamente, este Tribunal:

"*AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - transporte aéreo internacional cancelamento de voo - autores que viajavam do Peru para São Paulo e, ao chegarem ao balcão da companhia aérea, foram informados acerca do cancelamento do voo por overbooking - ré que alegou que o cancelamento ocorreu por condições climáticas desfavoráveis - ausência de qualquer prova nesse sentido, como determinado pelo art. 373, II, do CPC e art. 6º, VIII, do CDC - confissão ficta sobre a matéria fática - recurso de apelação que levantou a tese do excesso de tráfego aéreo no dia, nada falando sobre a questão meteorológica - impossibilidade de decisão, por representar inovação recursal - ausente qualquer fato novo ou documento novo apresentado - questão que se resume ao pedido de indenização por dano moral em razão de cancelamento de voo - hipótese não contemplada no julgamento do Tema 210 pelo C. STF - dano moral que não está previsto nas Convenções Internacionais - ausência de previsão sobre o cancelamento de voo nas referidas Convenções - critérios de fixação do arbitramento que não foram arguidos especificamente pela apelante - dano moral que ocorre por si mesmo, bastando a prova do nexo causal - presunção favorável em favor dos apelados - indenização fixada em 1ª Instância em R$ 10.000,00 para cada autor, com correção monetária a partir do arbitramento e juros de mora a partir da citação - imposição correta - recurso não provido.*" (TJSP; Apelação 1024778-55.2016.8.26.0002; Relator (a): Achile Alesina; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 02/08/2017; Data de Registro: 03/08/2017) - grifo nosso

"*TRANSPORTE AÉREO. Ação de indenização por danos morais. Adiamento de voo internacional que gerou espera de mais de 09 horas até a chegada ao destino. Sentença de procedência, condenando a parte ré ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$10.000,00, para cada um dos 04 autores. Irresignação da parte ré. Descabimento. Atraso do voo por tempo considerável. Alegação genérica da parte ré de que o voo original teria sido cancelado por problemas técnicos na aeronave, que restou sem demonstração. Necessidade de submissão da aeronave a reparos não previstos que, ademais, não afasta a obrigação de cumprir o contrato e as obrigações dele decorrentes, dado tratar-se de fortuito interno. Responsabilidade objetiva da empresa aérea que não se desincumbiu de comprovar a regularidade da prestação do serviço. Responsabilidade bem reconhecida. Falta de assistência suficiente aos passageiros durante o período de espera pelo próximo voo, tendo fornecido apenas o pernoite em hotel, sem alimentação. Descaso com os passageiros que, igualmente, caracteriza o dever de indenizar. Dano moral*

configurado. Dano 'in re ipsa'. Quantum indenizatório que merece, porém, redução para o valor R$3.000,00 a cada requerente. Montante que se apresenta mais consentâneo com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como com as peculiaridades do caso. Hipótese em que não se aplica o limite de indenização previsto na Convenção de Montreal - Julgamento do RE 936.331(Repercussão Geral - Tema 210), que abarca apenas a reparação por danos materiais, e não morais. Ônus sucumbenciais mantidos com a parte ré, que permaneceu vencida na demanda. Recurso provido em parte." (TJSP; Apelação 1052857-41.2016.8.26.0100; Relator (a): Walter Barone; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 17ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/03/2018; Data de Registro: 23/03/2018) - grifo nosso

"*RESPONSABILIDADE CIVIL. Transporte aéreo internacional. Danos morais. Percurso de Dallas a São Paulo. Retorno de viagem de férias. Consideração no sentido de que não são aplicáveis à espécie as normas e tratados internacionais que limitam a responsabilidade do transportador somente em caso de danos materiais. STF/Recurso Extraordinário n. 636331. Atraso de mais de treze horas na decolagem do voo por problemas mecânicos na aeronave e falta de assistência devida ao passageiro no período de espera [das 21h20 até as 10h49 do dia seguinte]. Consideração de que a necessidade de solução do problema pela companhia aérea não importou em configuração de força maior. Verificação de transtornos hábeis à configuração de danos morais indenizáveis. Responsabilidade da ré pelo defeito na prestação do serviço de transporte aéreo configurada. Indenização por danos morais, fixada em R$ 13.000,00, preservada. Descabimento do pleito de sua redução. Pedido inicial julgado parcialmente procedente. Sentença mantida. Recurso improvido. Dispositivo: negaram provimento ao recurso.*" (TJSP; Apelação 1012707-81.2017.8.26.0100; Relator (a): João Camillo de Almeida Prado Costa; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 32ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/02/2018; Data de Registro: 09/02/2018) - grifo nosso

"*AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Atraso de voo - Cancelamentos e remanejamentos de voos, que culminaram no atraso de aproximadamente dezenove horas para a chegada dos autores ao local de destino - Fatos não refutados pela ré - Convenções de Varsóvia e Montreal - Inaplicabilidade - Relação de consumo evidenciada - Aplicação das normas consumeristas - Legitimidade passiva - Responsabilidade solidária de todos os componentes da cadeia de prestadores de serviços - Inteligência dos arts. 7º, parágrafo único e 25, § 1º do CDC - Dano moral - Ocorrência - Dano in re ipsa - Valor da indenização, fixada em R$ 10.000,00 para cada autor apta a reparar os infortúnios experimentados, além de estar em consonância com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sem causar enriquecimento ilícito - Honorários recursais - Art. 85, §11 do CPC - Majoração devida, de*

Acesso ao Sumário

12% para 15% sobre o valor da condenação, observadas as balizas do art. 85, §2º do CPC - RECURSO NÃO PROVIDO." (TJSP; Apelação 1015724-31.2017.8.26.0002; Relator (a): Spencer Almeida Ferreira; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/02/2018; Data de Registro: 08/02/2018) - grifo nosso

"*APELAÇÃO CÍVEL - Transporte aéreo - Ação de reparação de danos - Cancelamento de voo internacional - Falha na prestação de serviços da transportadora, em virtude do cancelamento do voo por problemas mecânicos na aeronave, bem como demora no remanejamento e falta de assistência material ao autor - Danos morais configurados - Convenção de Montreal. Entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto do RE n° 636.331 e ARE n° 766.618, ocorrido em 25/05/2017, cujo acórdão ainda não foi publicado. Repercussão Geral (Tema 210) - Limitação dos montantes indenizatórios prevista no artigo 22(1) da Convenção que se restringe aos danos materiais sofridos pelo passageiro - Aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor - Indenização majorada para o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), em atenção aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. - Sentença reformada em parte Recurso parcialmente provido.*" (TJSP; Apelação 1076761-90.2016.8.26.0100; Relator (a): Daniela Menegatti Milano; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 19ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/11/2017; Data de Registro: 30/11/2017) - grifo nosso

Para fins de acesso aos Egrégios Tribunais Superiores, ficam expressamente prequestionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1075668-58.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PRISCILA LUIZA MENDONÇA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado INSTITUIÇÃO DE ENSINO FACULDADE SUMARÉ.

ACORDAM, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso para alterar o critério de fixação dos honorários advocatícios, nos termos do acórdão, mantida, no mais, a r. sentença. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.605)**

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

Acesso ao Sumário

São Paulo, 28 de agosto de 2018.
RENATO SARTORELLI, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS - ATRASO NA ENTREGA DO DIPLOMA - DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA CORRIGIR O ARBITRAMENTO DA VERBA HONORÁRIA. Em muitas relações podem existir ocorrências que dificultam o relacionamento entre os seus partícipes. São situações incômodas a que todos estão sujeitos, contudo, não podem dar margem à reparação de ordem moral, sob pena de banalização do instituto.

VOTO

Ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais, fundada em contrato de prestação de serviços, julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 237/238, cujo relatório adoto.

Inconformada, apela a autora. Após estoriar os fatos relativos à lide, sustenta, em apertada síntese, que a instituição de ensino disponibilizou o diploma somente após o ajuizamento da presente ação, sinalizando que decorreu o lapso de 01 (*um*) ano entre a solicitação do documento e a sua emissão. Argumenta, em acréscimo, que a apelada deixou de demonstrar que a demora decorreu por culpa exclusiva de terceiros, alegando que os danos morais ficaram configurados. Busca, por isso, a reforma do ***decisum***, pleiteando, no mais, a fixação de honorários advocatícios.

Houve resposta. Ausente o preparo em face da gratuidade processual.

É o relatório.

1) A presente apelação é processada no efeito suspensivo, nos termos do art. 1.012 do CPC.

2) O inconformismo, a meu ver, comporta parcial provimento.

A insurgência da autora restringe-se à indenização por danos morais, não havendo qualquer controvérsia em relação à obrigação de fazer (*entrega do diploma*).

Na verdade, o dano moral, passível de ressarcimento, é aquele que acarreta sofrimento além do normal, o que não se verificou. A simples frustração não se enquadra no conceito de dano moral, cujo substrato envolve a dor profunda e o sofrimento relevante, ***verbis***:

Acesso ao Sumário

*"**3. O simples inadimplemento contratual não gera, em regra, danos morais, por caracterizar mero aborrecimento, dissabor, envolvendo controvérsia possível de surgir em qualquer relação negocial, sendo fato comum e previsível na vida social, embora não desejável. No caso em exame, não se vislumbra nenhuma excepcionalidade apta a tornar justificável essa reparação.***

'Não cabe indenização por dano moral quando os fatos narrados estão no contexto de meros dissabores, sem humilhação, perigo ou abalo à honra e à dignidade do autor' (REsp. nº 1.329.189/RN, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 21/11/2012).

***4. Agravo regimental desprovido.**" (AgRg. no AREsp. nº 844.643/PB, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe em 05/05/2016).*

No mesmo sentido, ***verbis***:

"Não havendo demonstração de que a conduta dos réus tenha acarretado ao autor transtornos psíquicos ou degradação moral, incabível a indenização por dano moral, que deve servir de alento à dor efetivamente sofrida, e não como meio de enriquecimento sem causa." *(Apelação nº 0050468-47.2008.8.26.0564, 26ª Câmara de Direito Privado, TJ/SP, Rel. Des. Felipe Ferreira).*

Em muitas relações podem existir ocorrências que dificultam o relacionamento entre os seus partícipes. São situações incômodas a que todos estão sujeitos, contudo, não podem dar margem à reparação de ordem moral, sob pena de banalização do instituto.

No caso, o lapso de pouco mais de um ano entre a colação de grau da aluna e a entrega de seu diploma não se mostra hábil a evidenciar a ocorrência de dano moral, mesmo porque não foi demonstrada eventual urgência na sua emissão e tampouco solicitada qualquer prioridade à instituição de ensino.

A esse propósito, observou, com propriedade, o digno magistrado ***a quo*** que "*... a reparação por dano moral não é devida, porque a autora, desde a data da colação de grau, é detentora do certificado de conclusão de curso (fls.27), que substitui o diploma para todos os efeitos, não havendo qualquer prejuízo pela espera do diploma. A demora na entrega do diploma, além disso, não é fato capaz de causar o sofrimento e desgaste usualmente exigidos para a caraterização desta espécie de dano*" (fls. 237/238).

Portanto, afigura-se incogitável o ressarcimento perseguido a título de lesão moral, mesmo porque do episódio não resultou consequências de maior gravidade para a autora.

No mais, na hipótese de sucumbência recíproca, é vedada a compensação dos honorários advocatícios, nos termos do artigo 85, § 14, do Código de

Acesso ao Sumário

Processo Civil.

Assim, a verba honorária, que arbitro em 10% *(dez por cento)* sobre o valor da causa *(R$ 35.000,00 cf. fl. 17) - (artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil)*, será rateada na proporção de 50% *(cinquenta por cento)* a cargo da demandante, cuja exigibilidade permanecerá suspensa em razão da gratuidade, e 50% *(cinquenta por cento)* a cargo da ré, a teor do disposto no art. 86 do CPC.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso para alterar o critério de fixação dos honorários advocatícios, nos termos do acórdão, mantida, no mais, a r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003882-61.2016.8.26.0302, da Comarca de Jaú, em que é apelante BRADESCO ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS LTDA., são apelados POLIFRIGOR S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS e ORLANDO GERALDO PAMPADO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4.218)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente) e NESTOR DUARTE.

São Paulo, 28 de agosto de 2018.

L. G. COSTA WAGNER, Relator

Ementa: Apelação. Ação de busca e apreensão. Alienação fiduciária. Empresa em recuperação judicial. Bens que são essenciais para a execução das atividades da empresa. Sentença improcedente. Escoamento do prazo de suspensão previsto no artigo 6º, § 4º, da Lei n.º 11.101/05. Impossibilidade de manutenção da posse, ainda que os bens sejam considerados essenciais ao exercício das atividades empresariais. Crédito do Apelante que não se sujeita à recuperação judicial, nos termos do artigo 49, § 3º, da Lei n.º 11.101/05. Sentença reformada. RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

I - Relatório

Trata-se de recurso de apelação interposto pela Bradesco Administradora de Consórcios Ltda. em face da sentença do MM. Juízo da 1ª Vara Cível do Foro de Jaú que julgou improcedente a ação de busca e apreensão proposta em face de Polifrigor S/A Indústria e Comércio de Alimentos.

A Apelante propôs a ação sob argumentação da existência de mora no consórcio contraído junto a si pela Apelada, através do qual realizou a mesma a aquisição dos bens descritos na inicial por alienação fiduciária.

A tutela de urgência foi indeferida pelo Juízo de origem, tendo em vista que a empresa Apelada estaria dentro do prazo de 180 (cento e oitenta) dias disposto no artigo 6º, § 4º, da Lei n.º 11.101/05 que regula a recuperação judicial.

A Apelada apresentou contestação alegando, em síntese, a impossibilidade de restituição dos bens essenciais ao desenvolvimento das atividades da empresa no curso da recuperação judicial.

Ao final, a ação foi julgada improcedente com a condenação da Apelante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, observado o artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil.

Irresignada, a Apelante interpôs o presente recurso de apelação, devolvendo a matéria para apreciação deste Tribunal de Justiça de São Paulo. O recurso chega acompanhado das contrarrazões da Apelada que pugna pela manutenção da sentença.

Conheço do recurso, posto que tempestivo e devidamente preparado.

É a síntese do necessário.

II - Fundamentação

Respeitado entendimento diverso, o recurso manejado pela Apelante comporta provimento.

Estabelece o art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05 que:

> Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.
>
> (...)
>
> § 3º **Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis**, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, **seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a**

Acesso ao Sumário

legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

Destarte, resta patente que o credor fiduciário não tem seu crédito sujeito à recuperação judicial e, ressalvado o período de suspensão disposto no artigo 6º, § 4º, do mesmo Diploma, a retomada dos bens pode ser realizada ainda que a discussão verse sobre bens que sejam essenciais para o exercício das atividades da Apelada.

Na mesma linha, é mister consignar que a proteção à empresa em recuperação judicial contida no art. 6º acima transcrito não pode perdurar *ad aeternum*, sob pena de, em prejuízo da recuperação judicial, perecer o direito do credor sobre o objeto que fora financiado com garantia fiduciária.

Nesse sentido, aliás, é remansosa a jurisprudência desse Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. RÉ EM REGIME DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. **CRÉDITO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA NÃO SE SUBMETE AO PROCEDIMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APLICABILIDADE DO ART. 49, §3º, DA LEI 11.101/2005.** BENS APREENDIDOS LIMINARMENTE ANTES DO DEFERIMENTO DO PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. FATO QUE NÃO TEM O CONDÃO DE ANULAR ATOS JURÍDICOS REGULARMENTE PRATICADOS. PRETENSÃO DE RESTITUIÇÃO DOS BENS DESCABIDA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP; Apelação 1057526-40.2016.8.26.0100; Relator (a): Alfredo Attié; Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 29ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/06/2018; Data de Registro: 10/06/2018)

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. Procedência parcial. **Empresa apelada em processo de recuperação judicial**. Determinação anterior para devolução de dois caminhões apreendidos. Inadmissibilidade. **Crédito de proprietário fiduciário que não se submete às regras da recuperação judicial, máxime em estando superado o prazo de cento e oitenta (180) dias. Dicção do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/05. Veículos que, ademais, tendem a perder o valor de forma significativa, impondo-se a busca e apreensão dos caminhões para consolidação da sua posse e propriedade em mãos do credor.** Recurso provido. (TJSP; Apelação 1000795-58.2016.8.26.0315; Relator (a): Dimas Rubens Fonseca; Órgão Julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Foro de Laranjal Paulista - 1ª Vara; Data do Julgamento: 23/04/2018; Data de Registro: 23/04/2018)

APELAÇÃO - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - JUSTIÇA

Acesso ao Sumário

GRATUITA-INEXISTÊNCIADEINDÍCIOSDESUFICIÊNCIAFINANCEIRA QUE AUTORIZA A CONCESSÃO DA BENESSE - **ARRENDAMENTO MERCANTIL - ARRENDATÁRIA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL - CRÉDITO DO ARRENDADOR MERCANTIL QUE NÃO SE SUBMETE ÀS REGRAS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL - INTELIGÊNCIA DO ART. 49, §3º, DA LEI 11.101/05** - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA CONCEDER OS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA A APELANTE. (TJSP; Apelação 0077199-33.2012.8.26.0114; Relator (a): Cesar Luiz de Almeida; Órgão Julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campinas - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/04/2018; Data de Registro: 18/04/2018)

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO COM LIMINAR DEFERIDA E BENS APREENDIDOS - **INOCORRÊNCIA DE PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DA DÍVIDA** E DE APRESENTAÇÃO DE RECURSO CONTRA A LIMINAR - **APELADA QUE NÃO SE SUBMETE AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E PODE APREENDER O BEM DESDE QUE RESPEITADO O PRAZO DO ARTIGO 49 DA LEI 11.101/2005** - INEXISTÊNCIA DE QUALQUER IRREGULARIDADE NA APREENSÃO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE 10% DO VALOR DA CAUSA - IMPOSSIBILIDADE - QUANTIA QUE SE MOSTRA EXCESSIVA PARA UMA AÇÃO DE AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO - HONORÁRIA REDUZIDA, POR APRECIAÇÃO EQUITATIVA, PARA R$ 15.0000,00. Apelação parcialmente provida. (TJSP; Apelação 0001283-84.2013.8.26.0428; Relator (a): Jayme Queiroz Lopes; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro de Paulínia - 1ª Vara; Data do Julgamento: 16/04/2018; Data de Registro: 16/04/2018)

APELAÇÃO CÍVEL - **Interposição contra sentença que julgou procedente ação de busca e apreensão. Devedora fiduciante que figura como requerente em ação de recuperação judicial. Esgotamento, no entanto, do prazo de suspensão a que alude o artigo 6º, § 4º, da Lei n.º 11.101/05. Retirada de bens considerados essenciais ao exercício das atividades empresariais. Possibilidade, diante do decurso do prazo de suspensão, e do que estabelece o artigo 49, § 3º, da Lei n.º 11.101/05. Mora devidamente comprovada. Ausência de pagamento da integralidade da dívida pendente, nos termos do REsp n.º 1.418.593/MS**. Inaplicabilidade da Teoria do Adimplemento Substancial. Honorários advocatícios majorados, com base no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil/2015. Sentença mantida. (TJSP; Apelação 4002986-59.2013.8.26.0079; Relator (a): Mario A. Silveira; Órgão Julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Foro de Botucatu - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/08/2018; Data de Registro: 01/08/2018)

Alienação fiduciária em garantia - Ação de busca e apreensão - Sentença de procedência - Recurso da ré - Manutenção do julgado - Cabimento - **Singela arguição de que a interpretação sistemática da**

Acesso ao Sumário

Lei nº 11.101/05 (Recuperações Judiciais e Falências), atribuiu ao juízo universal da recuperação a competência absoluta para julgar a ação de busca e apreensão, com alcance de bens - Inconsistência jurídica - Venda ou retirada de bens vedada apenas quando ainda no prazo de suspensão de 180 dias - Inteligência dos arts. 49, § 3º, e 6º, § 4º, da Lei de Recuperação Judicial e Falência. Apelo da ré desprovido. (TJSP; Apelação 1000422-96.2017.8.26.0022; Relator (a): Marcos Ramos; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Foro de Amparo - 2ª Vara; Data do Julgamento: 11/04/2018; Data de Registro: 12/04/2018)

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - BUSCA E APREENSÃO - EMPRESA RÉ EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL - ALEGAÇÃO DE BEM ESSENCIAL - IMPOSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DO BEM NA POSSE DA DEVEDORA - INADIMPLEMENTO COMPROVADO - AÇÃO PROCEDENTE - RECURSO NÃO PROVIDO. **Decorrido o prazo de 180 dias do deferimento da recuperação judicial da empresa ré, possível o cumprimento da liminar concedida nesta ação, conforme disposto no art. 49, § 3º da Lei 11.101/2005. Após o encerramento do prazo de suspensão, bem como da prorrogação, não há que se falar em manutenção da posse do bem com a empresa devedora, vez que confessadamente inadimplente.** (TJSP; Apelação 1001438-86.2016.8.26.0615; Relator (a): Paulo Ayrosa; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Foro de Tanabi - 1ª Vara; Data do Julgamento: 20/03/2018; Data de Registro: 20/03/2018)

No caso em tela, verifica-se que a Apelada realizou toda a sua defesa na demonstração de essencialidade dos bens para as suas atividades, sustentando a tese de que esse caráter de importância pudesse obstar o direito a busca e apreensão dos bens pela Apelante.

Constata-se que, de fato, não se verifica na decisão recorrida ou na defesa apresentada, fundamentos outros atinentes, por exemplo, ao não preenchimento de requisitos previstos naquele diploma legal para a concessão da busca e apreensão, estando adstrita a controvérsia ao tema da prevalência da essencialidade dos bens em detrimento do direito da Apelada em reaver os bens ante a ausência de pagamento.

Acesso ao Sumário

A Apelada não se desincumbiu da obrigação de purgar a mora após a notificação extrajudicial, bem como, não o fez em juízo mesmo após apresentar sua contestação, permanecendo o inadimplemento em relação à quantia remanescente.

Em resumo, assiste razão a Apelante em seu recurso, razão pela qual a sentença ora rebatida deve ser alterada para que seja realizada a busca e apreensão dos bens, consolidando-os na posse da Apelante definitivamente.

Por derradeiro, dado o provimento ao presente recurso, de rigor a

alteração das custas e honorários de sucumbência, que passam a ser arcados exclusivamente pela Apelada, cujo montante deve ser mantido em 10% do valor atualizado da causa.

III - Conclusão

Diante do exposto, pelo meu voto, **dou provimento ao recurso** interposto nos termos do acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1026525-77.2015.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante L.G.A.L., são apelados J.D.B. (JUSTIÇA GRATUITA) e C.E.S.F.P. S/S L.EPP.

ACORDAM, em 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18806)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLÁVIO CUNHA DA SILVA (Presidente) e ACHILE ALESINA.

São Paulo, 22 de agosto de 2018.

FERNANDO SASTRE REDONDO, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. Reparação de danos morais decorrentes de agressão sofrida por aluno nas dependências da escola. Caso em que a agressora é mãe de outro aluno, matriculado na mesma turma. Autor que se desincumbiu do ônus de provar a agressão, nos termos do artigo 373, inciso I, do CPC. Alegação de que a agressão foi provocada pela conduta do autor, que praticava bullying contra o filho da ré. Circunstância que, ainda se provada, não justificaria a agressão perpetrada. Responsabilidade civil caracterizada. Indenização por danos morais devida. Pedido de redução acolhido, atendendo aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

RELATÓRIO

Acesso ao Sumário

Apelação contra respeitável sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados em face da instituição de ensino e procedentes o pedido formulado em face da apelante, condenando-a a pagar indenização por danos morais fixada em R$ 10.000,00.

Sustenta a apelante que o autor não se desincumbiu do ônus de comprovar as agressões e o nexo de causalidade entre elas e a lesão corporal leve apurada pela autoridade policial, que poderia ser causada em atividades esportivas. Diz que os fatos que lhe foram imputados não podem ser confessados pela instituição de ensino. Afirma que foi até a sala de aula, mas não agrediu fisicamente o aluno, apenas apontando-lhe o dedo. Pretende a improcedência do pedido ou, subsidiariamente, a redução do valor da indenização.

Recurso tempestivo e isento de preparo (fls. 130).

Intimado (fls. 264), o apelado não apresentou contrarrazões (fls. 268).

VOTO

Cuida-se de ação ajuizada pelo apelado contra a apelante e a instituição de ensino para indenização dos danos morais que teria sofrido em razão das agressões físicas e verbais ocorridas no ambiente escolar.

A respeitável sentença acolheu parcialmente a pretensão do apelado, condenando apenas a apelante à indenização dos danos morais causados pelas agressões.

Primeiramente, observa-se que o magistrado deve considerar todos os elementos probatórios colhidos para a formação de seu livre convencimento.

Logo, embora a confissão de um litisconsorte não possa prejudicar o direito do outro (art. 391 do CPC[1]), nada impede que os fatos narrados por qualquer deles sejam levados em consideração para análise da prova produzida.

Nesse sentido:

> *"Em regra, no litisconsórcio simples, a confissão será eficaz somente ao confitente, salvo se um dos litisconsortes tiver apresentado defesa comum a todos, quando, então, a defesa deste poderá beneficiar até mesmo aquele que confessou.* [...] *Não se pode deixar de destacar, contudo, que o juiz julgará de acordo com o seu livre convencimento motivado, de maneira que, se o fato confessado por um dos litisconsortes for corroborado por outras provas nos autos, a sentença poderá ser desfavorável a todos os demais."*[2]

No caso, o boletim de ocorrência, lavrado a partir de declarações prestadas à autoridade policial pelo apelado e pela diretora da instituição de ensino no mesmo dia em que ocorreram os fatos (fls. 24/29), e o laudo pericial produzido

1 *Art. 391. A confissão judicial faz prova contra o confitente, não prejudicando, todavia, os litisconsortes.*

2 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*: artigo por artigo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.749-750.

Acesso ao Sumário

pelo IML (fls. 21/22), retratam as agressões perpetradas pela apelante e as lesões delas resultantes.

E, nesse contexto, a confissão da instituição de ensino de parte dos fatos que lhe são imputados na petição inicial, particularmente de que não impediu o acesso da apelante à sala de aula, o que viabilizou seu confronto com o apelado, apenas reverbera fatos já comprovados por tais documentos.

Por sua vez, a situação retratada torna inverossímil a afirmação da apelante de que, movida pela urgência de "*resgatar seu filho*" (fls. 93), adentrou a sala de aulas durante as atividades escolares e "*tão somente direcionou o dedo indicador para o aluno J.*" (fls. 94), sem nada proferir contra ele, dando-se por satisfeita e se retirando em seguida.

Nota-se, ainda, que, conforme a respeitável sentença (fls. 219):

> "*Não se ignora ou se nega que o autor pode ter praticado 'bullying' ou perseguição e provocação contra o filho da ré. Contudo, ainda que assim seja, agiu a ré de forma indevida, ilícita e abusiva.*
>
> *Não poderia jamais agredir o autor, tendo a obrigação de resolver a situação pelos meios legais existentes, jamais agindo com as próprias mãos.*
>
> *Portanto, latente o dever de indenizar, sendo então necessário o estabelecimento do quantum.*"

Assim, ainda que se conclua pela prática de *bullying* contra o filho da apelante, a conduta da apelante foi absolutamente desproporcional, pois a agressão, obviamente, não se justificava, o que enseja sua responsabilização pela indenização dos danos morais causados pela prática do ato ilícito (art. 187 c.c. 927 do Código Civil).

E o dano modal, na hipótese, é evidente, pois o apelado "*viveu uma situação de vexame, humilhação e perda de estima, além da profunda tristeza sofrida pela agressão praticada em ambiente escolar, na presença de diversos colegas*" (fls. 219).

Todavia, o recurso comporta acolhimento no tocante ao pedido de redução da indenização.

Sobre o *quantum* indenizatório, já restou decidido (RSTJ 112/216, relator o Ministro Sálvio de Figueiredo), que "*na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores, e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso*". Ou, como leciona Rui Stoco, citando Caio Mário da Silva Pereira, a indenização não pode ser "*nem tão grande que se converta*

Acesso ao Sumário

em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva" (*in* "Responsabilidade Civil", RT, 3ª edição, p. 524).

Dadas às peculiaridades do caso e a fim de atender a dor experimentada pela vítima, a extensão e gravidade do dano, o grau de culpa da ofensora e, ainda, o desestímulo para reincidências, tem-se que o *quantum* fixado pela sentença (R$ 10.000,00) mostra-se excessivo, devendo ser reduzido para R$ 2.000,00, corrigidos monetariamente desde a data da sentença e acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês a partir da citação.

No ponto, fica ressalvado o entendimento do Desembargador Achile Alesina, de que a incidência da correção monetária se dá a partir da publicação do acórdão.

Mantida a distribuição do ônus sucumbencial tal qual fixada pela respeitável sentença cumpre observar que à apelante foi concedida a gratuidade de justiça (fls. 130), bem como que, diante da redução significativa do valor da condenação, os honorários por ela devidos ao patrono da apelada corresponderão a R$ 1.000,00 (art. 85, § 8º, do CPC).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1008845-43.2017.8.26.0152, da Comarca de Cotia, em que são apelantes RENATO PAULO CARDOSO DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA) e RAFAEL PAULO CARDOSO DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

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 42.171)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÁ DUARTE (Presidente) e LUIZ EURICO.

São Paulo, 4 de setembro de 2018.

EROS PICELI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação de indenização por danos materiais e morais - acidente de veículo - autores que tiveram o veículo atingido por outro conduzido por assaltantes em fuga da Polícia - nexo de causalidade

entre a conduta dos policiais e o evento danoso não caracterizado - culpa não comprovada - agentes públicos que atuavam no exercício do dever, dentro de parâmetros de segurança - responsabilidade objetiva não configurada - culpa exclusiva de terceiro que afasta o nexo de causalidade pretendido pelos autores - improcedência mantida - apelação não provida.

VOTO

Vistos.

Ação de indenização por danos materiais e morais decorrente de acidente de trânsito envolvendo viatura policial, julgada improcedente nos termos da sentença proferida pela MMª. Juíza Renata Meirelles Pedreno, condenados os autores ao pagamento das custas e despesas processuais, observada a gratuidade da justiça.

Os autores apelam. O pedido se fundamenta em responsabilidade objetiva do Estado, configurado nexo causal entre a conduta e o dano, cabível, assim, o dever de indenizar.

Os policiais empreenderam perseguição a assaltantes que fugiam, situação confessada pelo Estado, ferindo normas de segurança ocasionando o acidente. Ainda que a conduta dos policiais não tenha sido direta, foram os causadores do ato lesivo.

A fundamentação da sentença não subsiste na medida em que concluiu pela inexistência de imprudência, negligência ou imperícia. Contudo, trata-se de responsabilidade objetiva e o fundamento da demanda é, portanto, o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, amparado pela teoria do risco administrativo.

Comprovados os danos materiais, cujos valores não foram objeto de impugnação, pede a procedência da ação.

Recurso sem preparo, em razão da gratuidade aos autores, e não respondido.

É o relatório.

Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais decorrentes de acidente de veículo ocorrido em 2.1.2016, por volta das 10,30hs envolvendo o veículo da marca General Motors, modelo Celta Spirit, ano/modelo 2008/2009, placa EDP 8390, que teria sido atingido por automóvel conduzido por assaltantes que sofriam perseguição da Polícia.

O feito foi instruído com boletim de ocorrência, fls. 35/38 e 39/42, fotos do local do acidente, fls. 48/57, confirmando a perseguição policial aos assaltantes e a colisão com o veículo dos autores, que estava estacionado na via.

Acesso ao Sumário

Foi juntada consulta à tabela Fipe com o preço do veículo para o mês de janeiro de 2016 de R$ 16.204,00, fls. 58.

Apesar da caracterização dos danos de ordem material e moral ao autor, não está caracterizado o nexo de causalidade entre o evento danoso, isto é, o acidente, e a conduta dos policiais militares. O ato danoso foi causado por culpa exclusiva de terceiro: o condutor do veículo dos fugitivos, não sendo cabível a atribuição de responsabilidade aos policiais, que apenas desempenhavam sua função. E não há que se falar em responsabilidade objetiva.

De qualquer maneira, o autor sequer conseguiu provar que houve comportamento dos agentes do Estado apto a causar o acidente. O que se demonstrou foi apenas a conduta culposa do motorista do carro roubado.

Reitera-se a sentença, fls. 90:

"**(...) o dano ao veículo dos autores foi causado diretamente por veículo em fuga conduzidos por meliantes, sem que isso possa ser diretamente imputado à perseguição policial, uma vez que os policiais militares agiram no estrito cumprimento do dever legal que lhes incumbia na manutenção da ordem e da segurança pública.**"

Sobre o tema, confiram-se os julgados deste Tribunal:

Apelação cível. Ação indenizatória. Danos materiais em veículo, havidos durante perseguição policial. Automóvel, de propriedade do autor da demanda, roubado momentos antes da perseguição. Caso que possui traço peculiar que desvela a caracterização de uma das excludentes da responsabilidade estatal. Fato exclusivo de terceiro. Conduta do assaltante que empreendeu fuga dirigindo de forma intempestiva veículo que acabara de roubar, o que contribuiu decisivamente para a ocorrência do evento danoso. Nem se desconsidere que a atuação dos agentes estatais policiais militares deu-se em consonância com seus respectivos deveres legais e funcionais e missão institucional da corporação policial. Assim, embora, caracterizado o dano material e identificados os agentes estatais, não há, neste quadro, a responsabilidade civil do Estado, diante da conduta de terceiro que elimina o vínculo de causalidade - necessário - entre o dano indenizável e o comportamento dos agentes que, na circunstância retratada nos autos, apenas agiram no cumprimento de suas atribuições institucionais, consoante os parâmetros e procedimentos exigíveis para o caso e, ainda, em legítima defesa. Oportuno, ainda, acolher a alegação trazida na resposta recursal de que não fossem os policiais atuantes na perseguição ao autor do roubo veicular, o prejuízo experimentado pelo particular poderia, muito provavelmente, ser integral. Não devendo ser desconsiderada, neste ponto, a realidade que demonstra ser corriqueiro o desmanche, em curto espaço de tempo, de veículos furtados e roubados para a comercialização de suas peças

Acesso ao Sumário

no mercado ilegal. Inocorrência de dever indenizatório. Conduta de terceiro - assaltante do veículo que quebrou a equação agente-vítima, afastando, por seu turno, o liame de causalidade. Sentença reformada. Apelo fazendário provido. 0001812-23.2013.8.26.0099 - Apelação. Relator(a): Ronaldo Andrade Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Público Data do julgamento: 07/10/2014.

AÇÃO INDENIZATÓRIA DE DANOS MATERIAIS E MORAIS EM FACE DO ESTADO - MORTE DE PASSAGEIROS DE VEÍCULO, EM DECORRÊNCIA DE COLISÃO POR OUTRO VEÍCULO, CUJO CONDUTOR FUGIA DA POLÍCIA - Inexiste nexo de causalidade entre a colisão e a conduta dos agentes do Estado, uma vez que aquela foi causada por culpa exclusiva de terceiro (o condutor fugitivo) - Sentença de improcedência - Preliminares rejeitadas - Apelação não provida. Apelação - 1000873-96.2015.8.26.0053. Relator: Ponte Neto; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 07/10/2015; Data de registro: 08/10/2015.

Os danos, portanto, foram causados por terceiro, o que afasta o nexo de causalidade pretendido pelos autores. Repita-se que não ficou caracterizada a responsabilidade dos policiais militares pelo evento danoso, não demonstrada comportamento imprudente, negligente ou imperito, mas apenas o desempenho da função.

Estabelecer o nexo causal entre o acidente e conduta dos agentes do Estado é ir longe demais. É concluir pela responsabilidade sem a menor demonstração de causa e efeito. Não é pelo simples fato de o Estado existir, e possuir aparelhamento policial, que deve responder por todos os atos praticados contra particulares. A relação de causa e efeito seria considerada como infinita.

Do exposto, nega-se provimento à apelação, mantida a sentença por seus fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006847-98.2017.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante VALQUÍRIA ROSA GOMES SANTANA, são apelados PRUDENTIAL DO BRASIL SEGUROS DE VIDA S.A. e ANDRÉ LEONARDO TESOLIN.

ACORDAM, em 32ª 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 39.237)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS

Acesso ao Sumário

FERNANDO NISHI (Presidente sem voto), KIOITSI CHICUTA e CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA.

São Paulo, 6 de setembro de 2018.

RUY COPPOLA, Relator

Ementa: Ação de cobrança de indenização securitária c.c. indenização por danos morais. Recusa da seguradora ao pagamento da indenização. Ausência de má-fé do segurado ao afirmar que era administrador. Falecimento decorrente de acidente de trânsito, que não guarda relação com a profissão do segurado, guarda municipal. Ausência de majoração do risco. Danos morais não verificados. Recusa ao pagamento da indenização securitária não tem, por si só, o condão de gerar danos de ordem extrapatrimonial. Sentença reformada. Ação parcialmente procedente em relação à seguradora e improcedente em relação ao corretor. Redistribuição das despesas sucumbenciais. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de cobrança de indenização securitária, cumulada com indenização por danos morais, ajuizada por Valquíria Rosa Gomes Santana contra Prudential do Brasil Seguros de Vida S/A e André Leonardo Tesolin, que a sentença de fls. 557/560, aclarada a fls. 577/578, cujo relatório se adota, julgou improcedente, condenando a autora ao pagamento das custas, despesas do processo e honorários advocatícios, que foram arbitrados em 10% sobre o valor da causa, observada a gratuidade processual concedida em sentença.

Opostos embargos declaratórios pelos réus (fls. 562/564) e pela autora (fls. 565/572) foram, respectivamente, integralmente e parcialmente acolhidos.

Apela a autora (fls. 581/594) postulando a anulação da sentença, por cerceamento de defesa, vez que não lhe foi dada oportunidade de produzir provas de que o corretor tinha ciência de que seu esposo era guarda municipal, de modo que a omissão nas informações acerca da profissão do segurado se deu por culpa exclusiva do corretor. No mais, afirma que o segurado não assinou a proposta de contratação do seguro de vida e que não houve aumento no risco pela informação de que o segurado era guarda municipal, o que não influenciou no óbito. Pede a condenação dos réus ao pagamento de danos morais, eis que demoraram mais de seis meses para recusar o pagamento da indenização.

Acesso ao Sumário

Recurso tempestivo e isento de preparo, diante da gratuidade da justiça deferida na sentença.

Contrarrazões a fls. 597/603 e 604/611.

É o Relatório.

A apelante ajuizou a presente demanda em razão do falecimento de seu marido, que contratou seguro de vida junto à seguradora-ré, com serviço do corretor-réu.

A seguradora se recusou a pagar a indenização securitária, aduzindo que o segurado informou que era "administrador", mas a rigor ele era guarda municipal, o que contribuiu para o acidente, considerando que ele faleceu na Rodovia Anchieta, a caminho do trabalho.

A autora, por sua vez, afirma que seu marido agiu de boa-fé e informou ao corretor que era guarda municipal, além do que o corretor frequentava a mesma igreja que seu esposo, inclusive visitava sua residência, de modo que é totalmente impossível ele não ter conhecimento acerca da profissão de seu marido.

E, de fato, conquanto o ilustre magistrado tenha reconhecido a improcedência da inicial, é certo que a autora tinha direito à indenização securitária.

Isto porque, não houve agravamento do risco pelo fato de constar da apólice que o segurado era administrador, considerando que ele faleceu em decorrência de acidente de trânsito, enquanto não estava a serviço.

A respeito do risco a doutrina mostra:

"O interesse legítimo deve necessariamente se achar submetido a risco.

O risco, outro elemento essencial do contrato, é a possibilidade de ocorrência de um evento predeterminado capaz de lesar o interesse do garantido.

Para o seguro, o risco é apreendido em sua dimensão social, coletiva. Não se tomam em conta a incerteza e a insegurança estritamente individuais e sim a previsão, obtida através de estudos estatísticos e atuariais, de incidência do evento predeterminado capaz de lesar o interesse.

A hipersegmentação, que nos seguros de grandes massas também acontece quando se adota a perfilização, é principalmente uma política comercial e não uma circunstância resultante da aplicação de estudos estatísticos e cálculos atuariais. Não há seguro individualmente taxado, seguro sob medida. Há seguro para as medidas dos grupos ou massas seguradas.

Por isso, as dúvidas relacionadas com a inclusão do risco na garantia exigem soluções que permitam compatibilizar o interesse das partes contratantes com a estruturação técnica comunitária do seguro. O risco, em outras palavras, deve ser buscado também na sua dimensão coletiva, aquela de fato tomada em conta com a padronização do contrato e sua estruturação atuarial e financeira. É

Acesso ao Sumário

essa compreensão transindividual que leva à impostergável apresentação pela seguradora à autoridade de fiscalização e controle das notas técnico-atuariais e clausulados." (***in* O Contrato de Seguro de acordo com o Código Civil Brasileiro, Ed. Roncarati, pág. 58, Ernesto Tzirulnik, Flávio de Queiroz B. Cavalcanti e Ayrton Pimentel).**

Na mesma obra os doutrinadores indicam, de maneira clara, o que significa risco:

"É o risco que torna assegurável o legítimo interesse do segurado. Se o risco predeterminado não incide, nem pode incidir sobre o interesse, falta um elemento essencial ao contrato. Não se garante de não há risco.

.....

A expressão utilizada pelo Código de 1916, 'riscos futuros previstos no contrato' (art. 1.432), foi substituída por riscos predeterminados. O Código Civil anterior utilizava a expressão risco predominantemente para designar o sinistro (realização do risco), razão pela qual lhe atribuía a nota de futuridade, adjetivação que afastava o risco pretérito e o risco em curso, cuja conversão em sinistro era ainda desconhecida pelas partes no momento da conclusão (processo de formação) do contrato. Tais riscos (putativos), como cediço, também são asseguráveis (CCom. Arts. 677 nº 9 e 685)." (pág. 59 - grifos meus).

Portanto, o fato do segurado ser administrador ou guarda municipal não agravou o risco do acidente ocorrido, em 29.03.2016, na Rodovia Anhanguera, que lhe tolheu a vida. Além disso não existe informação falsa, vez que o segurado realmente era portador de diploma de administração, como se constata dos autos.

Outrossim, se o segurado fosse administrador ele também poderia viajar regularmente, o que não afastaria o risco por acidentes em rodovias, principalmente observando que o acidente ocorreu aproximadamente às 14h, horário comercial.

Acrescente-se que o segurado era guarda municipal, mas atuava na equipe de patrulhamento a pé, e não exercia sua função por meio do veículo que conduzia quando do acidente, o que evidencia que não houve majoração do risco pela informação de que o segurado era administrador.

Bem por isso, desnecessária a prova testemunhal para evidenciar a responsabilidade do corretor, uma vez que, mesmo que tenha ocorrido equívoco no preenchimento, a informação acerca da profissão do segurado não pode justificar a recusa no pagamento da indenização.

Por outro lado, não há nos autos fundamentos para acolher a pretensão de indenização por danos morais.

Sobre esse ponto examine-se a doutrina:

"Regra geral, 'no plano do dano moral não basta o fato em si do

Acesso ao Sumário

acontecimento, mas, sim, a prova de sua repercussão, prejudicialmente moral'.

Mas esta regra não tem sido aplicada em termos absolutos pela jurisprudência, pois 'há danos morais que se presumem, de modo que ao autor basta a alegação, ficando a cargo da outra parte a produção de provas em contrário; assim, os danos sofridos pelos pais por decorrência da perda dos filhos e vice-versa, por um cônjuge relativamente à perda do outro; também os danos sofridos pelo próprio ofendido, em certas circunstâncias especiais, reveladoras da existência da dor para o comum dos homens. Há outros, porém, que devem ser provados, não bastando a mera alegação, como a que consta da petição inicial (simples aborrecimento, naturalmente decorrente do insucesso do negócio)'.

Com efeito, em função da diversidade do dano moral pretendido, tem-se aceito um tratamento diferenciado no que se refere ao ônus probatório" (*in* **"Dano Moral", Yussef Said Cahali, 2ª Edição, Ed. Revista dos Tribunais, 1998, pág. 703**).

Ou, como ensina **Rui Stoco**:

"Significa dizer, em resumo, que o dano em si, porque imaterial, não depende de prova ou de aferição do seu quantum. Mas o fato e os reflexos que irradia, ou seja, a sua potencialidade ofensiva, dependem de comprovação, ou pelo menos que esses reflexos decorram da natureza das coisas e levem à presunção segura de que a vítima, face às circunstâncias, foi atingida em seu patrimônio subjetivo, seja com relação ao seu vultus, seja, ainda, com relação aos seus sentimentos, enfim, naquilo que lhe seja mais caro e importante." (**Tratado de Responsabilidade Civil, Ed. RT, 5ª Edição, pág. 1381/82**).

E mais, como sabido o mero inadimplemento contratual não dá ensejo ao pedido de indenização por danos morais, por não agredir a personalidade da vítima.

Como bem elucidou o Relator, Ministro João Otávio de Noronha, do E. STJ, no REsp nº 876.527 - RJ:

"É certo que o inadimplemento de contrato gera frustração na parte contratante, mas que não se apresenta como suficiente para produzir dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade.

Assim, para que se entenda que houve conduta desviante da recorrente que pudesse abalar psiquicamente a parte de modo significativo, deve-se investigar não o descumprimento contratual per si, mas as circunstâncias que o envolveram, e isso não foi tratado nos autos."

Sérgio Cavalieri Filho, *in* Programa de Responsabilidade Civil, 7ª edição, Editora Atlas, págs. 80/81, explica que o inadimplemento contratual por si só não tem o condão de agredir a dignidade humana, exceto se seus efeitos, em razão da natureza do negócio, exorbitarem ao normal. Observe-se:

"19.4.1. Dano moral e inadimplemento contratual. Outra conclusão que se tira desse novo enfoque constitucional é a de que mero inadimplemento

Acesso ao Sumário

contratual, mora ou prejuízo econômico não configuram, por si sós, dano moral, porque não agridem a dignidade humana. Os aborrecimentos deles decorrentes ficam subsumidos pelo dano material, salvo se os efeitos do inadimplemento contratual, por sua natureza ou gravidade, exorbitarem o aborrecimento normalmente decorrente de uma perda patrimonial e também repercutirem na esfera da dignidade da vítima, quando, então configurarão o dano moral.

...

O importante, destarte, para a configuração do dano moral não é o ilícito em si mesmo, mas sim a repercussão que ele possa ter. Uma mesma agressão pode acarretar lesão em bem patrimonial e personalíssimo, gerando dano material e moral. Não é preciso para a configuração deste último que a agressão tenha repercussão externa, sendo apenas indispensável que ela atinja o sentimento íntimo e pessoal de dignidade da vítima. A eventual repercussão apenas ensejará o seu agravamento".

Portanto, a mera recusa ao pagamento da indenização securitária não foi suficiente para gerar danos de ordem patrimonial à autora, pelo qual nego provimento ao pleito de indenização por danos morais.

O caso, destarte, é de provimento do apelo, para julgar-se parcialmente procedente a ação em relação à seguradora, condenando-a: i) ao pagamento do valor segurado, que será corrigido monetariamente a partir da data do sinistro, com juros de mora computados da citação; ii) ao reembolso das despesas ocorridas com o funeral do segurado, limitado ao capital segurado, mediante a comprovação das despesas, com correção monetária a partir da realização dos gastos e juros de mora a contar da citação.

Em razão da sucumbência recíproca, as partes devem arcar com metade das custas e despesas processuais, ficando a autora condenada ao pagamento de honorários de 15% sobre o valor atribuído aos danos morais em favor do patrono da seguradora, observada a gratuidade processual, e ficando a seguradora condenada ao pagamento de honorários advocatícios que arbitro em 15% sobre o valor da condenação.

Por outro lado, a ação deve ser julgada improcedente em relação ao corréu André Leonardo Tesolin, condenando a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios que arbitro em 10% sobre o valor da causa, observada a gratuidade processual concedida em sentença.

Ante o exposto, pelo meu voto, DOU PARCIAL PROVIMENTO recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005349-

75.2016.8.26.0302, da Comarca de Jaú, em que é apelante MARIA ANTÔNIA ALMEIDA PRADO FERREIRA CASTILHO, são apelados FABIO JUNIOR CAPELOZA, JOÃO ANTONIO DE ANDRADE e ANGELA MARIA CAPELOZA DE ANDRADE.

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 36.045)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÁ DUARTE (Presidente), LUIZ EURICO e MARIO A. SILVEIRA.

São Paulo, 11 de setembro de 2018.

SÁ DUARTE, Relator

Ementa: LOCAÇÃO RESIDENCIAL - Pretensão indenizatória julgada parcialmente procedente - Danos ao imóvel locado apurados ao final da locação - Ausência de vistoria final assinada pelo locatário, capaz de autorizar conclusão segura sobre o real estado do bem locado - Ressarcimento a esse título incabível, ressalvada a pintura admitida na contestação - Verba honorária advocatícia majorada para R$ 2.000,00, a termo do disposto no artigo 85, parágrafo 11, do NCPC - Recurso não provido.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta contra r. sentença de parcial procedência da pretensão indenizatória derivada de locação residencial, condenados os réus ao pagamento da quantia de R$ 1.376,81, carreado a cada parte o pagamento de metade das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados equitativamente em R$ 1.000,00, observada a gratuidade processual deferida ao réu FÁBIO JUNIOR CAPELOZA.

Inconformada, a autora bate-se pela procedência integral da pretensão deduzida na inicial. Alega que o apelado locatário obrigou-se a manter o imóvel íntegro durante a vigência do contrato e restituí-lo nas mesmas condições do início da locação. Salienta que os danos apurados ao final da locação estão discriminados no termo de vistoria final e comprovados pelos recibos de pagamento de fls. 31/141. Refere que o locatário acompanhou a vistoria final, conforme se infere do termo de agendamento de fl. 30, além de solicitar a realização dos reparos necessários, em documento escrito por ele próprio. Pede o provimento do recurso para que a pretensão deduzida na inicial seja julgada

Acesso ao Sumário

integralmente procedente, condenando-se o réu ao reembolso das despesas relacionadas aos reparos no imóvel.

Recurso tempestivo, preparado e respondido.

É o relatório.

O apelo não comporta provimento.

Isto porque, como bem destacado na sentença, fazia-se absolutamente necessária a vistoria do imóvel não só no início, mas também ao final da locação, de modo a que se pudesse avaliar o estado real em que foi deixado pelo locatário, bem assim a responsabilidade deste pela reparação.

A vistoria final trazida aos autos não foi firmada pelo apelado ou seus fiadores (fls. 28/29).

Louvando-se a apelante em recibos unilaterais para, com base neles, buscar verba a título de ressarcimento, sua pretensão não pode prosperar.

Corolário disso é que, à exceção da despesa relativa à pintura, expressamente admitida pelo locatário apelado, nada mais pode ser concedido à apelante.

Daí porque o apelo não comporta provimento.

Em face da instauração desta etapa recursal, da qual a apelante sai vencida, é caso de majoração dos honorários devidos à advogada do apelado locatário para R$ 1.200,00, nos termos do artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil.

Isto posto, voto pelo não provimento do recurso, majorados para R$ 1.200,00 os honorários em favor da advogada do apelado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1123541-54.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante GIGANTEC COMÉRCIO ELETRÔNICO EIRELI, é apelada CIELO S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23844)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FLÁVIO CUNHA DA SILVA (Presidente sem voto), SPENCER ALMEIDA FERREIRA e FERNANDO SASTRE REDONDO.

São Paulo, 11 de setembro de 2018.

Acesso ao Sumário

EDUARDO SIQUEIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS - CREDENCIAMENTO A SISTEMA DE CARTÃO DE CRÉDITO - NULIDADE DA CLÁUSULA CONTRATUAL QUE REPASSA AO ESTABELECIMENTO COMERCIAL FILIADO TODOS OS ÔNUS DECORRENTES DE FRAUDE ("CHARGEBACK"). RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA APELADA INTEGRAL E DECORRENTE DO RISCO DE SUA ATIVIDADE. - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por GIGANTEC COMÉRCIO ELETRÔNICO EIRELI, nos autos da "AÇÃO REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS", que move em face de CIELO S/A, cujo pedido inicial foi julgado improcedente nos termos da sentença de fls. 392/395, da Juíza ANDREA DE ABREU E BRAGA, da qual se adota o relatório.

Inconformada, a Apelante sustenta, em síntese, que: a) "invocou a tutela jurisdicional do Estado para o fim de ter reparação pelos bloqueios unilaterais realizados por parte da apelada nos repasses relativos a vendas com uso de cartão de crédito por intermédio de *ecommerce*. Tais bloqueios perfizeram o valor de R$ 15.620,01, que devidamente atualizados até a propositura a ação totalizaram R$ 16.681,70 (dezesseis mil, seiscentos e oitenta e um reais e setenta centavos)"; b) "firmou contrato de Afiliação ao Sistema Cielo (apelado) vislumbrando neste sistema suporte e garantias ao recebimento dos valores referentes às transações eletrônicas que realiza em seu comércio, por meio de cartões de crédito. Para ciência, este apelante utiliza o Sistema Cielo somente nas vendas a crédito, não usa terminal com máquina, utilizando do material incluído no pacote do sistema, além de realizar consultas de conferência aos dados cadastrais do usuário final"; c) "realizadas assim as vendas com o sistema da apelada, esperava a apelante receber os valores relativos à transação comercial descontados os devidos comissionamentos contratuais. Entretanto, em determinadas transações tais valores não foram repassados ao parceiro, sendo este valores bloqueados e não repassados ao apelante sob a alegação de chargeback"; d) "a Ré na condição de administradora do Sistema Cielo deveria ser responsabilizada pelos valores decorrentes dos negócios jurídicos por ela autorizados, visto que não demonstrado nenhum descumprimento do contrato de afiliação pela empresa fornecedora";

Acesso ao Sumário

e) "agir de modo contrário seria ignorar que a Ré é sim responsável junto a seus parceiros financeiros por conferir segurança a transação realizada através do produto que disponibiliza mediante contrato de adesão, posto que seria a Ré detentora de informações hábeis a apurar eventuais irregularidades como afirma" (fls. 398/403).

O recurso foi preparado às fls. 405/406.

Às fls. 409/417 foram apresentadas contrarrazões recursais pela Apelada pugnando pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Respeitado o entendimento da ilustre magistrada de 1º grau, **a r. sentença ora recorrida deve ser reformada**.

Ingressou a Apelante com a presente ação, objetivando o recebimento de valores oriundos de vendas efetuadas pela Apelada, por cartões de débito/crédito por meio de sua loja virtual e estornados pela Apelada, operadora do sistema de pagamentos utilizado, após comunicação de fraude pelos titulares dos cartões.

Analisando detidamente os autos, verifica-se que a Apelada não nega as transações comerciais e seus valores, mas aduz que os estornos de tais quantias mostram-se corretos, tendo em vista a existência de cláusula contratual que os autoriza na hipótese de fraude na transação, caso dos autos.

Afirma também a Apelada que a ausência de medidas de segurança por parte da Apelante foi decisiva na prática da fraude.

Por primeiro, destaco que em momento algum dos autos foi comprovado de forma efetiva pela Apelada a alegada negligência por parte da Apelante.

Por segundo, a cláusula ora em debate conhecida como CHARGEBACK é nula de pleno direito, uma vez que contraria a função social do contrato.

Importante consignar que de acordo com o posicionamento que vem sendo adotado por este Tribunal, não é válida a cláusula do contrato de credenciamento que impõe à contratante o ônus de arcar com a ocorrência de fraude nas transações. Vejamos:

> DANOS MATERIAIS. **Credenciamento a sistema de cartão de crédito. Valores referentes a compras contestadas pelos titulares dos cartões (chargeback). Recusa da ré em repassar os valores. Descabimento. Estabelecimento comercial que não pode suportar os prejuízos decorrentes de suposta fraude. Danos materiais caracterizados.** Sentença reformada. RECURSO PROVIDO. (TJSP; Apelação 1051738-45.2016.8.26.0100; Relator (a): Fernando Sastre Redondo; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 19ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/07/2018; Data de Registro: 05/07/2018) (Grifei)

Acesso ao Sumário

Apelação. Bancário. Ação de obrigação de fazer. **Contrato de credenciamento ao sistema Cielo. Venda autorizada pela administradora do cartão de crédito. Posterior não reconhecimento da transação pelo portador do cartão. Recusa da ré em repassar valor da transação à autora. Descabimento. Não demonstrada irregularidade na conduta da autora. Nulidade da cláusula contratual que repassa ao estabelecimento comercial filiado todos os ônus decorrentes de fraude ("chargeback"). Responsabilidade objetiva da ré integral e decorrente do risco de sua atividade.** Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação 1063228-98.2015.8.26.0100; Relator (a): Elói Estevão Troly; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 19ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/08/2018; Data de Registro: 16/08/2018) (Grifei)

OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO DE NULIDADE E INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. **Cláusula contratual que prevê a possibilidade de estorno, cancelamento ou "chargeback" de compra previamente autorizada. Nulidade. Risco inerente à atividade da empresa administradora do cartão de crédito. Responsabilidade incabível de imputação ao lojista ou titular do cartão eventualmente fraudado**. Sentença mantida. Apelação não provida. (TJSP; Apelação 1000741-76.2016.8.26.0191; Relator (a): Jairo Oliveira Júnior; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ferraz de Vasconcelos - 1ª Vara; Data do Julgamento: 19/09/2017; Data de Registro: 21/09/2017) (grifei)

Destarte, deve ser reformada a sentença ora recorrida para que a Apelada seja condenada a efetuar o repasse dos valores de cada compra, com correção monetária, a contar da data em que os repasses deveriam ter sido efetivados, e juros de mora, a partir da citação válida, como disposto nos artigos 240 do Código de Processo Civil e 405 do Código Civil.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao presente recurso para o fim de condenar a Apelada a efetuar os repasses mencionados, nos moldes acima estabelecidos.

Em razão da presente decisão, pagará a Apelada, as custas, despesas processuais e honorários advocatícios do patrono da Apelante que arbitro em 20% sobre o valor da condenação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002021-86.2015.8.26.0007, da Comarca de São Paulo, em que é apelante REINALDO DA PAZ FRANÇA (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados FULL TIME AUTO

SOCORRO LTDA. EPP e PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso do demandante e negaram provimento ao agravo retido da Seguradora corré, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.234)**

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

São Paulo, 12 de setembro de 2018.

CAMPOS PETRONI, Relator

Ementa: Acidente de trânsito. Ação indenizatória por danos materiais e morais. Sinistro envolvendo guincho e bicicleta. R. sentença de improcedência, com apelo só do autor, ciclista. Presumida a culpa do condutor do veículo maior, que não atentou para o ciclista à sua direita, na mesma mão de direção, causando-lhe prejuízos, tanto de ordem material, quanto moral. Conjunto probatório desfavorável à tese da defesa, havendo, ao contrário do decidido em primeira instância, provas acerca da culpa do condutor do caminhão. Aplicação do art. 29 do CTB. Danos materiais, consistentes nas despesas com medicamentos, que devem ser reembolsados. Pensão mensal indevida, não restando comprovada incapacidade laboral. Gravames morais evidenciados. Observância dos princípios da equivalência e proporcionalidade. Parcial procedência da ação, com sucumbência recíproca. Dá-se parcial provimento ao apelo do demandante, negando-se ao agravo retido da Seguradora corré.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de apelação interposta só pelo demandante (nascido em 1978), contra r. sentença de fls. 548/552, cujo relatório adoto, onde julgada improcedente ação de indenização por danos materiais e morais, decorrentes de acidente de trânsito. Sucumbente, restou o autor condenado ao pagamento de custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios, fixados em **10%** do valor da causa (**R$ 32.000,00**, em 2015), ressalvada a aplicação do art.

12 da Lei nº 1.060/50.

Contestações replicadas. Despacho saneador, fls. 336/337. Produzida prova oral, fls. 468/477 e 617/618, e pericial, estando o laudo médico a fls. 393/398 (Dra. Ana Lúcia Innaco de Carvalho, do Imesc). BO policial a fls. 16/18.

Irresignado, insurge-se só o autor vencido, fls. 555/566. Em apertada síntese, aduz que restaram comprovados nos autos os fatos narrados na exordial, bem assim a culpa do condutor (Sr. Júlio) do guincho, de propriedade da primeira ré, pelo sinistro. Pretende, pois, a reforma do r. *decisum*, com procedência da demanda.

Não foi ouvida a soldado Eliane.

Contrarrazões, fls. 571/583 e 585/594, reiterando a corré Porto Seguro o agravo retido de fls. 353/358, insistindo na sua ilegitimidade passiva.

Recurso recebido, eis que tempestivo, sendo o autor beneficiário da justiça gratuita.

O acidente ocorreu em 07.08.12.

É o relatório, em complementação ao de fls. 548/550.

Conheço do agravo retido da Seguradora corré, fls. 353/358, interposto anteriormente à vigência do atual CPC, mas a ele nego provimento.

Presente a legitimidade passiva da Porto Seguro. Embora o guincho seja de propriedade da corré Full Time, a Seguradora figura como tomadora do serviço (vide fotografias de fls. 45/46), sendo plausível a presença das duas rés no polo passivo da demanda.

Destaca-se que nada veio sobre seguro **DPVAT** ou mesmo seguro facultativo, o que poderia ter trazido melhores luzes ao caso.

As partes perderam a excelente oportunidade de fl. 468, para solução amigável, em 2016.

No mérito, em que pese o r. entendimento da MMª. Juíza *a quo*, merece prosperar, em parte, o inconformismo do autor.

A prova dos autos indica que o requerente, ciclista, encontrava-se na mesma mão de direção do guincho e trafegava à sua direita em via pública, quando teria sido derrubado pelo pesado veículo, sem atentar para sua presença ali.

Aliás, sobre essa dinâmica, constou do BO policial que "*... segundo o motorista do caminhão, quando estava acessando a Av. Vidal Reis, não percebeu que havia um ciclista cruzando a mesma rua, vindo a derrubar a vítima*", fl. 18.

Em depoimento pessoal o autor afirmou que "*... conduzia a bicicleta na frente do caminhão, e o motorista entrou a direita, foi atingido pelo para-choque. [...] Pretendia seguir em frente, o caminhão bateu no pneu traseiro da*

Acesso ao Sumário

bicicleta", fl. 470.

No mesmo sentido o depoimento da testemunha presencial Wellington, fls. 472/473. Ele informou que "*... o autor conduzia a bicicleta na frente do caminhão e este virou a direita atingindo a roda traseira da bicicleta. O autor caiu e ficou preso na bicicleta quase embaixo do caminhão, na parte da frente. [...] as pessoas começaram a gritar e então o motorista parou, mas chegou a arrastar a bicicleta*".

O condutor do guincho, Sr. Júlio, disse que "*...precisa fazer uma conversão para prestar socorro, então deu seta a direita, na sequência viu um rapaz fazendo sinal para parar e foi então que percebeu que havia ocorrido o acidente. Afirma que o ciclista estava na lateral do caminhão, no ponto cego, não viu o rapaz*", fl. 474.

Ou seja, ao contrário do que entendeu a Magistrada sentenciante, tem-se que o guincho teria interceptado a trajetória do ciclista autor, quando se deu conta da colisão.

Ademais, de acordo com o art. 34 do CTB, "*o condutor que queira executar uma manobra deverá certificar-se de que pode executá-la sem perigo para os demais usuários da via que o seguem, precedem ou vão cruzar com ele, considerando sua posição, sua direção e sua velocidade.*"

Assim, era dever do condutor do veículo maior observar o ciclista que também transitava na pista, e, tendo-se em conta que pretendia virar à direita, deveria ter executado a manobra com prudência, o que não parece ter ocorrido no caso. Vale lembrar também do art. 29 § 2º do mesmo diploma legal, que dispõe que os condutores dos veículos maiores devem zelar pelos dos veículos menores, ciclistas e pedestres, muito mais frágeis.

Apenas para ilustrar a questão, confira-se, com negritos nossos:

1003212-19.2016.8.26.0271

Classe/Assunto: Apelação/Transporte de Pessoas

Relator: Roque Antonio Mesquita de Oliveira

Comarca: Itapevi

Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 19/01/2018

Data de publicação: 19/01/2018

Data de registro: 19/01/2018

Ementa: RECURSO - Apelação - Contrato de transporte coletivo - Responsabilidade civil - "Ação de indenização por danos morais e estéticos" - Insurgência contra a r. sentença que julgou improcedente a demanda - Admissibilidade parcial - Incontroverso acidente ocorrido no interior de ônibus coletivo da apelada, em razão da abertura da porta enquanto a apelante pegava seu celular que havia caído, e que

Acesso ao Sumário

causou lesão corporal de natureza grave - Responsabilidade objetiva da transportadora - Inteligência do artigo 734 do Código Civil e artigo 14 do CDC - Não comprovada a efetiva existência de culpa exclusiva da vítima - **Motorista que deveria olhar com cuidado no espelho retrovisor**, se certificando acerca da inexistência de passageiros próximos à área de abertura das portas - Configurada a existência de culpa concorrente da vítima, que resolveu pegar o celular que havia caído, sem comunicar o motorista - Dano moral caracterizado - "Quantum" indenizatório fixado em harmonia com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, para o caso concreto - Dano estético não comprovado - Ação julgada parcialmente procedente - Apelada condenada nas verbas de sucumbência - Recurso parcialmente provido.

=====

EMENTA: APELAÇÃO - ACIDENTE DE TRÂNSITO - DEVER DE CAUTELA - AVERIGUAÇÃO DA CULPA - CONVERSÃO EM DESRESPEITO ÀS NORMAS DE TRÁFEGO - IMPRUDÊNCIA E IMPERÍCIA DO RÉU - DEVER DE INDENIZAR - LESÕES FÍSICAS - DANO MORAL *IN RE IPSA* - DANOS MORAIS E ESTÉTICOS - QUANTUM INDENIZATÓRIO - RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - LUCROS CESSANTES - PENSÃO MENSAL - INCAPACIDADE NÃO COMPROVADA. - "**O condutor que queira executar uma manobra deverá certificar-se de que pode executá-la sem perigo para os demais usuários da via que o seguem, precedem ou vão cruzar com ele, considerando sua posição, sua direção e sua velocidade." - Inteligência do artigo 34 do CTB. - Antes de realizar conversão, o condutor, além de empregar a sinalização adequada e verificar a possibilidade da manobra conforme as características da via, deve adotar as demais cautelas previstas no CTB, notadamente a de observância da desocupação da pista ou faixa a ser invadida, nas hipóteses em que parte do trajeto a ser percorrido esteja com o campo de visão impedido por ponto cego**. - Comprovada a culpa do condutor réu pela ocorrência do sinistro, decorrente da imprudência e negligência na realização de manobra de trânsito, configurado está o ato ilícito atrelado ao resultado danoso, sendo cabível, portanto, sua responsabilização civil. - Concebido como lesão a direito da personalidade, o dano moral resta caracterizado in re ipsa quando, mesmo sem prova específica de abalo psíquico, é comprovada a ocorrência de violação à integridade física da pessoa. - A indenização por dano estético é cabível quando a lesão acarretar deformidade, aleijão, afeamento e desfiguração corporal substancial à aparência do ofendido. - Na fixação da reparação por dano moral e estético, incumbe ao julgador, ponderando as condições do ofensor, do ofendido, do bem jurídico lesado e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, arbitrar o valor da indenização que se preste à suficiente recomposição dos prejuízos, sem importar enriquecimento sem causa da parte autora. - (TJMG - Apelação Cível 1.0024.14.202317-5/001, Relator:

Acesso ao Sumário

Des. Mota e Silva, 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 21/08/**2018**, publicação da súmula em 24/08/2018)

======

1016164-23.2014.8.26.0005

Classe/Assunto: Apelação/Acidente de Trânsito

Relator: Artur Marques

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 35ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 26/06/2017

Data de publicação: 26/06/2017

Data de registro: 26/06/2017

Ementa: DIREITO CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. VIOLAÇÃO DO DEVER DE CUIDADO. CONDUTA CULPOSA. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL. DEVER DE INDENIZAR. **1. Cabia ao condutor, antes de empregar movimento ao veículo, verificar se não havia nenhum transeunte a sua frente. Nem se alega a existência de pontos cegos**, pois do montante de danos causados à vítima nota-se o condutor realizou manobra abrupta dentro de local totalmente inapropriado. **2.** Sobre o tema dispõe o art. 28 do Código de Trânsito Brasileiro: "O condutor deverá, a todo momento, ter domínio de seu veículo, dirigindo com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito". No mesmo sentido dispõe o § 2º do art. 29: "Respeitadas as normas de circulação e conduta estabelecidas neste artigo, em ordem decrescente, os veículos de maior porte serão sempre responsáveis pela segurança dos menores, os motorizados pelos não motorizados e, juntos, pela incolumidade dos pedestres". **3.** Quanto ao pensionamento mensal, razão assiste ao apelante. A parte autora sofreu limitação no tornozelo, equivalente a 15% da tabela SUSEP, todavia, continua laborando regularmente, não se cogitando em pensionamento mensal, ante a inexistência de prova de redução capacidade laborativa. **4.** Considerando a extensão dos danos, a capacidade econômica das partes e as demais peculiaridades do caso concreto, resta que a indenização, arbitrada pelo Juízo Monocrático em R$ 36.200,00, já considerado a limitação de membro, se amolda aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Tal montante não é suficiente para reparar o dano, posto que imaterial, mas adequado para minimizar seus efeitos, sem constituir modo de enriquecimento indevido. **5.** Recurso parcialmente provido.

=====

0009008-39.2011.8.26.0576

Classe/Assunto: Apelação/Acidente de Trânsito

Relator: Sergio Alfieri

Comarca: São José do Rio Preto

Acesso ao Sumário

Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 15/12/2015

Data de publicação: 17/12/2015

Data de registro: 17/12/2015

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - **Acidente de trânsito** - Ação de reparação de danos - Sentença de procedência - Inconformismo das partes - Culpa do réu pelo acidente bem demonstrada nos autos - Desnecessidade de produção de outras provas, **já que o réu admitiu não ter visto a motocicleta do autor ao mudar de faixa, atribuindo o ocorrido ao fato de que a mesma estaria no ponto cego do retrovisor** - Danos materiais relativos ao desembolso com contratação de ambulância incontroversos - Rendimentos apontados na inicial condizentes que a declaração de imposto de renda ano-calendário 2009 e com contrato de financiamento de imóvel trazido aos autos pelo autor - Lucros cessantes, no entanto, que comportam redução - Período de 30 meses, consignado na sentença como de provável incapacidade laborativa, que não restou comprovado nos autos - Redução dos cálculos, levando-se em consideração o fato de que, da data do acidente até a prolação da sentença, não havia notícia nos autos de que o autor tivesse se recuperado das lesões sofridas e voltado a exercer suas funções - Danos morais cabíveis, em razão da dor e sofrimento experimentados pelo autor, que ficou hospitalizado, necessitou submeter-se a cirurgia e teve lesões no nervo, com diagnóstico de degeneração total de fibras nervosas motoras e sensitivas - Valor fixado a título de danos morais, no importe de R$20.000,00, que se mostra dentro de parâmetros razoáveis e moderados - Lide secundária - Entendimento equivocado da seguradora de que deveria responder diretamente perante o autor - Sentença que condenou a seguradora ao pagamento de indenização regressiva ao segurado (réu na ação principal) - Condenação ao pagamento de verba honorária na lide secundária - Não cabimento - Seguradora que não ofereceu resistência à denunciação, aceitando-a expressamente - RECURSO DO RÉU PROVIDO EM PARTE (art. 509 e parágrafo único do CPC), bem como o PROVIDO EM PARTE O RECURSO DA SEGURADORA LITISDENUNCIADA, para reduzir o valor dos lucros cessantes ao montante de R$22.932,00 na lide principal, que também acarretará a redução do valor da condenação na lide secundária para o montante de R$ 23.557,00, bem como para excluir, na lide secundária, a condenação da seguradora ao pagamento de honorários advocatícios.

=====

0002025-64.2014.8.26.0076

Classe/Assunto: Apelação/Acidente de Trânsito

Relator(a): Kioitsi Chicuta

Comarca: Bilac

Órgão julgador: 32ª Câmara de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Data do julgamento: 07/05/2015

Data de publicação: 07/05/2015

Data de registro: 07/05/2015

Ementa: Responsabilidade civil. Danos decorrentes de acidente de trânsito. Ação de reparação de danos julgada parcialmente procedente. Julgamento antecipado da lide. Insistência na produção de prova oral em audiência. Desnecessidade de dilação probatória. Culpa do réu demonstrada. **Alegação de que não visualizou a chegada da motocicleta devido ao "ponto cego" do veículo. Assertiva que não tem o condão de eximi-lo da responsabilidade pelo evento. Condutor do veículo que deve redobrar a cautela ao ingressar em via preferencial.** Ressarcimento ao autor dos gastos efetivamente comprovados com os danos materiais da motocicleta. Danos morais. Não caracterização. Ausência de ofensa ao direito de personalidade. Indenização indevida. Recurso improvido. Mostra-se correto o julgamento antecipado da lide, quando os elementos necessários para a convicção judicial já se encontram nos autos, revelando-se desnecessária a dilação probatória, tanto assim que não existe controvérsia sobre a dinâmica do acidente. Ademais, o juiz é o destinatário maior das provas e a sua produção está condicionada à necessidade e à conveniência. Da análise dos elementos constantes nos autos, infere-se que a culpa pelo acidente é exclusiva do réu que, não percebendo a aproximação da motocicleta conduzida pela autora, em razão de alegado "ponto cego", ingressou na via preferencial, colidindo com a motocicleta. Não subsiste a pretensão de eximir-se de responsabilidade, pois o condutor do veículo ciente da existência do "ponto cego" do veículo deveria redobrar os cuidados ao atravessar a pista e colocar em marcha o veículo. Como não adotou a devida cautela, ocasionou o alegado acidente, devendo ressarcir os danos materiais efetivamente comprovados. Não há como ampliar a indenização com base em orçamento e que não está em consonância com a descrição feita no boletim de ocorrência e logo após o sinistro. Os acidentes de trânsito são fatos corriqueiros na vida em sociedade de qualquer cidadão e o transtorno e o aborrecimento pelos quais passou a autora não são suficientes para caracterizar a ofensa ao direito de personalidade. Nada existe a amparar assertiva de danos físicos graves ou mesmo de incapacidade temporária de vários dias.

Ao contrário do que pretende fazer crer a defesa, o autor conseguiu demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, sendo de rigor que as empresas requeridas o indenizem quanto aos danos experimentados.

De qualquer forma, a culpa *in eligendo* e *in vigilando* deve ser considerada nesse caso, pois o guincho é de propriedade da ré Full Time Auto Socorro, figurando a requerida Porto Seguro como tomadora do serviço, sendo plausível a presença das duas rés no polo passivo da demanda, para que solidariamente respondam pela condenação imposta.

Acesso ao Sumário

A perícia realizada pelo conceituado IMESC (Dra. Ana Lúcia Innaco de Carvalho), fls. 393/398, conclui pela ausência de incapacidade para as atividades trabalhistas, havendo menção de que o demandante teve incapacidade laboral total e temporária por apenas dez dias, não havendo incapacidade atual para o trabalho.

Assim, não há que se falar em pensão mensal vitalícia, e nem em eventuais lucros cessantes por impossibilidade de exercer a função (refere que era pintor à época do acidente, mas não comprova).

No que toca aos outros alegados danos materiais, consistentes em despesas com medicamentos decorrentes do acidente, foram comprovados a fls. 47/48, no importe de **R$ 88,95**, e devem ser reembolsados ao autor, corrigidos do ajuizamento e com juros, da citação.

Por outro lado, cabível a indenização pelos danos morais, englobados os estéticos (cicatriz vertical na perna esquerda da raiz da coxa até aproximadamente 6 cm do joelho esquerdo, de 40 cm de extensão e de 4 cm de largura, fl. 395), sendo inafastável que tenha sofrido dores (algias), desconfortos e preocupações, já que fora submetido à cirurgia, e ficou internado por três dias. Plenamente indenizáveis nesse caso.

Considerando que a indenização tem o fito de tentar amenizar o sofrimento da vítima, bem como que deve ater-se aos princípios da equivalência e razoabilidade, equacionando-se a capacidade econômica de quem paga, ponderado o caráter pedagógico da reprimenda, que poderá evitar novos abusos, sem causar, por outro lado, o enriquecimento sem causa, o valor de **R$ 10.000,00**, se adequa ao caso, com aplicação as Súmulas 54 e 362, ambas do C. STJ.

Assim, o caso é de **parcial procedência da ação**. Sucumbência recíproca, arcando cada parte com metade das custas e despesas processuais. Os honorários advocatícios ficam arbitrados em **10%** da condenação, observada a gratuidade concedida ao autor, e não se olvidando do art. 85, § 14, do CPC.

Diante do exposto, **dá-se parcial provimento ao recurso do acionante, negando-se ao agravo retido da Seguradora corré**, nos termos acima explicitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1056505-50.2017.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante FRANCES DE JESUS SOUZA ROSSI, é apelada MARIA ISABEL FERREIRA DERUBEIS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito

Acesso ao Sumário

Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.510)**

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

São Paulo, 12 de setembro de 2018.

ARANTES THEODORO, Relator

Ementa: Embargos de terceiro. Fiança locatícia. Falta de anuência do convivente. Irrelevância. Direito positivo que não reclama concordância de companheiro ou convivente, mas só mesmo do cônjuge (art. 1647 do Código Civil). Apelação não provida.

VOTO

Sentença cujo relatório se adota julgou improcedentes embargos de terceiro opostos contra o fato de a embargada, credora de aluguéis, ter averbado a presença da execução na matrícula de imóvel pertencente à executada.

O embargante apela e pede seja invertido aquele desfecho.

Para tanto ela afirma que "*vive em união estável com a fiadora executada, razão pela qual se equipara aos efeitos do casamento, sendo por analogia, imprescindível seu consentimento em um contrato de fiança, o que não ocorreu*", o que impunha reconhecer nula a fiança e por consequência indevida a execução.

A isso o recorrente acrescenta que, ademais, a apelada e a fiadora celebraram acordo em juízo e, com isso, "*o contrato de fiança deixou de existir no mundo jurídico, passando a existir somente o acordo homologado*".

Recurso regularmente processado.

É o relatório.

O apelante aforou os embargos sob a assertiva de que era companheiro da executada e se mostrava nula a fiança locatícia por ela prestada porque o ato não contou com sua anuência.

Ao julgar anterior recurso extraído desses mesmos autos esta Câmara enfatizou, contudo, que "*segundo o regime da lei civil (artigo 1.647, inciso III) a invalidade da fiança ante a falta de anuência só aproveita ao fiador casado, não àquele que é solteiro e expressamente assim se apresenta.*"

Aliás, como se vê a fls. 143 a própria Corte incumbida de ditar a Inteligência da lei federal já se pronunciou nesse sentido:

"*Não é nula, nem anulável, a fiança prestada por fiador convivente em*

Acesso ao Sumário

união estável sem a outorga uxória do outro companheiro. Não incidência da Súmula nº 332/STJ. Precedentes." (AgInt no AREsp. nº 841.104/DF, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva).

Tanto assim que a referida Corte assentou na Súmula nº 332 ser nula a fiança prestada "*sem autorização de um dos cônjuges*", isto é, sem nessa dicção incluir companheiros e conviventes.

Pois exatamente nessa linha decidiu o Juiz e, como se vê nas razões recursais, o embargante aqui nada aponta que desmereça aquela conclusão.

Realmente, o fato objetivo é que quanto à prestação de fiança o Código Civil exige anuência do cônjuge (artigo 1.647), não do mero companheiro, motivo pelo qual não se pode a esse entender tal exigência.

Compreende-se seja assim porque, afinal, a união livre não confere a um convivente automático direito aos bens adquiridos pelo outro, mostrando-se imprescindível ter havido aquisição mediante esforço conjunto.

E na espécie prova dessa situação não havia e nem haveria de ser aqui produzida, eis que medida dessa sorte só pode ser alcançada em propositura autônoma e com a presença da interessada, isto é, daquela que sofrerá a redução patrimonial.

Sob tal contexto, pois, caso não era mesmo de o Juiz reputar nula a fiança e por conta disso descabida a constrição do imóvel da executada.

Note-se que a informação do apelante de que exequente e executada firmaram acordo em juízo não afetava o desfecho dos embargos, eis que persistia o débito e, com isso, o risco de constrição.

Não se justifica, em suma, a reforma da sentença.

Nos termos do artigo 85 § 11 do CPC impõe agravar a condenação do recorrente em honorários advocatícios, que passa a 15% do valor da causa, observada a gratuidade processual.

Nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006538-18.2007.8.26.0045, da Comarca de Arujá, em que é apelante NIVALDO PIMENTEL DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados COCA COLA INDÚSTRIAS LTDA., TOKIO MARINE SEGURADORA S/A e SPAL INDÚSTRIA BRASILEIRA DE BEBIDAS 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:

Acesso ao Sumário

"Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21634)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JAYME QUEIROZ LOPES (Presidente) e WALTER CESAR EXNER.

São Paulo, 13 de setembro de 2018.

MILTON CARVALHO, Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Corpo estranho encontrado no interior da garrafa de refrigerante. Não ingestão do conteúdo. Transtorno decorrente do defeito no produto que não atingiu os direitos da personalidade do autor. Danos morais não configurados. Ausência de comprovação dos danos materiais sofridos. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais, julgada improcedente pela respeitável sentença de fls. 744/751, cujo relatório se adota, sob o fundamento de que o autor não comprovou os efetivos danos materiais e morais alegados, em virtude de que foi condenado ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da causa, observando-se a concessão da gratuidade da justiça.

Inconformado, ***apela o autor*** sustentando, preliminarmente, a negativa de prestação jurisdicional e violação do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, e, no mérito, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor; a inversão do ônus da prova; a responsabilidade objetiva da apelada; a impossibilidade de comparação de garrafas diferentes entre si; que o depoimento da testemunha do autor comprova a ocorrência dos danos; e que os sentimentos de nojo e repugnância indicam a violação da incolumidade psíquica do apelante, restando configurados os danos morais. Requer a procedência da ação com a condenação dos apelados ao pagamento de indenização por danos materiais e morais (fls. 764/782).

Houve respostas (fls. 789/791vº e 793/809).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Consta da petição inicial que o autor, em 29/09/2007, adquiriu mercadorias da ré para o abastecimento de seu comércio e, em 14/10/2007, um cliente constatou a existência de corpo estranho no interior de uma garrafa de refrigerante

Acesso ao Sumário

de 290ml. Alegou que diversas pessoas estavam presentes no estabelecimento e presenciaram a cena, de modo que a notícia repercutiu posteriormente. O autor afirmou que os clientes presentes cancelaram os pedidos e teve queda de 40% da clientela. Requereu a condenação da ré ao pagamento de R$1.000,00 por danos materiais e R$38.000,00 por danos morais.

A ação foi julgada improcedente e, em que pesem as razões do recurso, a respeitável sentença merece ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Inicialmente, deve ser afastada a nulidade arguida pelo apelante, uma vez que a respeitável decisão dos embargos declaratórios não padece da alegada falta de fundamentação. No caso, a verdadeira irresignação do apelante resulta da solução dada à lide, o que não pode ser entendido como ausência de motivação ou violação do princípio do contraditório.

Nesse sentido anotam **Theotonio Negrão, José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli e João Francisco N. da Fonseca:**

> *"O que a Constituição exige, no art. 93, IX, é que a decisão judicial seja fundamentada; não que a fundamentação seja correta, na solução de questões de fato ou de direito da lide: declinadas no julgado as premissas, corretamente assentadas ou não, mas coerentes com o dispositivo do acórdão, está satisfeita a exigência constitucional" (RTJ 150/269).*
>
> *"Não há afronta ao art. 93, incs. IX e X da Constituição da República quanto a decisão for motivada, sendo desnecessária a análise de todos os argumentos apresentados e certo que a contrariedade ao interesse da parte não configura negativa de prestação jurisdicional" (STF-Pleno, MS 26.163, Min. Carmen Lúcia, j. 24.4.08, DJ 5.9.08).* ***(Código de processo civil e legislação processual em vigor*, 46ª ed., São Paulo, Saraiva, 2014, p. 25).**

No mérito, de fato, de acordo com o artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor responde de forma objetiva, pelos danos que seus produtos causarem aos consumidores, em sentido amplo, em razão da violação ao dever de segurança que deles legitimamente se espera.

No entanto, ainda que seja objetiva, a responsabilidade civil exige prova do prejuízo e do nexo de causalidade entre o ato imputado à apelada e os danos efetivamente suportados pelo apelante.

De acordo com a narrativa dos fatos e o laudo pericial de fls. 230/601 e 696/703, *Não houve a ingestão do conteúdo da garrafa, uma vez que a mesma sequer foi aberta* (fls. 596), e o apelante limitou-se a alegar que *os sentimentos de nojo e repugnância indicam a violação da incolumidade psíquica do apelante* e que houve exposição a potencial risco à saúde (fls. 777).

Em situações extraordinárias, o consumidor desavisado ingere o produto

defeituoso, ultrapassando o aborrecimento decorrente da constatação do defeito no produto, ao qual está sujeito o homem médio em suas interações sociais cotidianas. No caso, porém, os fatos narrados não foram suficientes para caracterizar abalo psíquico, aflição espiritual ou humilhação, de modo que seria equivocado concluir pela existência de dano moral.

Na verdade, o dano moral *é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima de evento danoso, pois estes estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a conseqüência do dano. (...) O direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente* **(MARIA HELENA DINIZ, *Curso de direito Civil - Responsabilidade Civil*, 7º vol., 18ª ed., Saraiva, p. 92)**.

É esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - AQUISIÇÃO DE PRODUTO IMPRÓPRIO PARA CONSUMO - EXTRATO DE TOMATE CONTAMINADO POR COLÔNIAS FÚNGICAS - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECEU DO AGRAVO DA FABRICANTE DO PRODUTO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL A FIM DE AFASTAR A CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS, HAJA VISTA NÃO TER SIDO CONFIGURADO O ACIDENTE DE CONSUMO. INSURGÊNCIA DA PARTE AUTORA.

1. A orientação jurisprudencial esposada por esta Excelsa Corte é no sentido de que a ausência de ingestão de produto impróprio para o consumo configura hipótese de mero dissabor vivenciado pelo consumidor, o que afasta eventual pretensão indenizatória decorrente de alegado dano moral. Precedentes.

2. Agravo regimental desprovido **(STJ; AgRg no AREsp 489.325/RJ; Rel. Min. Marco Buzzi; 4ª Turma; j. 24/06/2014)** (realces não originais).

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AQUISIÇÃO DE REFRIGERANTE CONTENDO INSETO. DANO MORAL. AUSÊNCIA. 1. A simples aquisição de refrigerante contendo inseto em seu interior, sem que seu conteúdo tenha sido ingerido ou, ao menos, que a embalagem tenha sido aberta, não é fato capaz de, por si só, de provocar dano moral. 2. "O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige" (AgRgREsp nº 403.919/RO, Quarta Turma, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 23/6/03). 3. Recurso

Acesso ao Sumário

especial conhecido e provido. **(STJ; REsp 747.396/DF; Rel. Fernando Gonçalves; 4ª Turma; j. 09/03/2010)** (realces não originais).

E nesse sentido já decidiu esta Egrégia Corte, em acórdãos deste relator:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRODUTO ALIMENTÍCIO. OBJETO ESTRANHO ENCONTRADO. Petição inicial que não descreve os fatos que geraram sofrimento ao autor. Inexistência de situação verdadeiramente aflitiva ou violadora dos direitos da personalidade. Narrativa genérica incapaz de caracterizar danos morais. Ausência, inclusive, de prova da ingestão do produto (suco), cuja garrafa possuía objeto estranho em seu interior. Indenização indevida. Recursos das rés providos, prejudicado o do autor. **(TJSP; Apelação 1031671-20.2015.8.26.0577; Rel. Milton Carvalho; 36ª Câmara de Direito Privado; j. 25/07/2016)**.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Descabimento. Corpo estranho encontrado no interior da garrafa de refrigerante. Não ingestão do conteúdo. Transtorno decorrente do defeito no produto que não atingiu gravidade capaz de dar respaldo ao sofrimento psíquico narrado na petição inicial. Inexistência da ofensa aos direitos da personalidade do autor. Danos morais não configurados. Recurso desprovido. **(TJSP; Apelação 4006435-78.2013.8.26.0320; Rel. Milton Carvalho; 4ª Câmara de Direito Privado; j. 13/08/2015).**

Ademais, diferentemente do alegado pelo apelante, o depoimento da testemunha não é prova apta, por si só, a comprovar a perda de clientela e prejuízo financeiro, considerando que inexiste documentação acostada nesse sentido.

Como bem observou o douto Juízo *a quo Não há nos autos documentos que indiquem que o encontro de um corpo estranho na garrafa foi realmente presenciado por várias pessoas, e que, por tal motivo, estas e outros clientes deixaram de ir ao estabelecimento comercial do autor. Não foi acostado ao feito uma página sequer da internet noticiando o evento ocorrido no bar do autor, como alegou ter existido na exordial (...) E mesmo que comentários tenham existido sobre o encontro do corpo estranho no interior do estabelecimento, se trata de mero aborrecimento, não podendo ser traduzido em dano moral passível de indenização* (fls. 748/749).

Ora, nesse contexto, é certo que o transtorno decorrente da situação foi incapaz de avançar para o âmbito da ofensa aos direitos da personalidade e da honra, a ensejar reparação.

Desse modo, o apelante não logrou êxito em comprovar os fatos constitutivos do direito postulado em juízo, conforme lhe cabia, nos termos do artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil, sendo de rigor a rejeição dos

Acesso ao Sumário

pleitos indenizatórios.

Destarte, porque deu adequada solução à lide, a respeitável sentença recorrida deve ser integralmente mantida.

Por conseguinte, nos termos do artigo 85, §11, do Código de Processo Civil, majoram-se os honorários fixados na sentença para 12% do valor da causa, levando-se em conta o trabalho adicional realizado em grau de recurso e os critérios previstos no §2º do mesmo artigo 85, observada a gratuidade da justiça.

Por tais razões, ***nega-se provimento*** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006179-02.2016.8.26.0606, da Comarca de Suzano, em que é apelante W.O.L.M. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), são apelados SUZANO FUTEBOL CLUBE e NEVERLAND EVENTOS EIRELI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.975)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS FERNANDO NISHI (Presidente) e FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR.

São Paulo, 14 de setembro de 2018.

KIOITSI CHICUTA, Relator

Ementa: Prestação de serviços. Indenização material e moral. Evento. Adolescente alega aquisição de ingresso e acesso no interior do evento a bebidas alcoólicas, com atendimento hospitalar, além de furto do celular. Sentença de improcedência. Estatuto da Criança e do adolescente. Artigo 243. Dever de cuidado do organizador, mas que não confere direito indenizatório. Ausência de prova de furto do celular, bem como a vigilância compete ao usuário do aparelho. Ausência de prova de que a bebida tenha sido disponibilizada ao adolescente. Recurso não provido, com observação.

É incontroverso que o adolescente participou de festa

Acesso ao Sumário

organizada por meio de ingresso adquirido, sendo relatado o consumo excessivo de bebida alcoólica e atendimento em hospital, bem como o furto de celular. Não obstante a regra do art. 243 do ECA, que impõe ao organizador do evento o controle em relação à bebida para menores de 18 anos, os fatos como narrados não conferem direito indenizatório, pois não há prova de que a bebida foi disponibilizada ao jovem pelos organizadores do evento. Ou seja, não há suficiência de elementos constantes dos autos, observando-se ainda o razoável e verossímil no que concerne ao comportamento do adolescente.

Nada indica a subtração do celular e eventual perda deve ser imputada exclusivamente em desfavor da pessoa que o porta.

VOTO

Trata-se de recurso interposto contra r. sentença de fls. 102/103 que julgou improcedente ação de reparação de danos morais e materiais.

Alega o autor que a ação é fundada na Constituição Federal e no ECA e que o evento foi caso de polícia e repercutiu negativamente em noticiários, sendo levado ao local pela genitora, com outros amigos, e que na saída do evento esta soube que o autor, seu filho, estava em coma alcoólico no hospital. Discorre sobre o fato de o menor não estar habituado a baladas e festas e que era um clube familiar de cidade de interior, sem condições de avaliar que o consumo poderia tê-lo matado e não teria consumido se não fosse oferecido. Cita o art. 243 da Lei 8069/90. Sustenta que o B.O. relata os fatos inclusive do sumiço do celular e que juntou comprovante médico da internação por coma alcoólico. Insiste que a lei diz que é crime oferecer bebida a menor, tendo corrido risco de morte e o que se aguarda é o cumprimento da lei. Aduz que dizer que não é mais criança e que sabia o que fazia só aumenta a impunidade e não descriminaliza o fato. Aponta que o fato não foi isolado e que vários adolescentes foram internados em razão da conduta criminosa dos organizadores.

Processado o recurso sem preparo (gratuidade) e contrarrazões, os autos restaram encaminhados a este C. Tribunal de Justiça.

A Procuradoria Geral da Justiça opinou pelo não provimento do recurso.

É o resumo do essencial.

Consta da sentença que, mesmo tendo ocorrido a venda ou fornecimento de bebida alcoólica, o autor não pode se dizer vítima de dano moral, pois não podia fazer uso da referida substância e tinha ciência que o consumo faz mal à

Acesso ao Sumário

saúde, não podendo alegar a própria torpeza. Aponta que o aparelho celular não foi individualizado e o fornecedor não é responsável pela guarda e vigilância.

Primeiro, a festa estava autorizada, inclusive com liberação do Conselho Tutelar.

O d. Procurador de Justiça fez constar de sua manifestação: "viabilizar acesso a essas substâncias não exime o menor, especialmente não se tratando de uma criança, de agir de forma coerente. Nesse sentido, não é possível escusá-lo de todo o evento, devendo ser admitida que sua conduta também foi relevante para a ocorrência do referido dano. Não há nenhuma alegação de que o autor foi obrigado a consumir a bebida".

E, embora haja o dever de cuidado do organizador do evento, sendo certa a proibição de venda ou fornecimento de bebidas a menores, nos termos do art. 243 do ECA, não se tem elementos probatórios suficientes que corroborem que a bebida foi disponibilizada ao adolescente por organizadores do evento ou, ainda, qual era o celular e também que foi furtado.

Cabe observar que a necessidade de controle do organizador não implica em conferir indenização ao menor, pois o boletim de ocorrência é unilateral, não sendo certo que a bebida tenha sido fornecida ao menor, até porque a festa incluía maiores, sendo possível a obtenção ou mesmo possível a ingestão fora do local.

Diante do decaimento em grau recursal, majora-se o percentual dos honorários nos termos do art. 85, § 11, do CPC para 12% do valor da causa, observada a gratuidade.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso, com observação.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4000921-28.2013.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante NOVA CENTRAL SINDICAL DE TRABALHADORES NO ESTADO DE SÃO PAULO NCST/SP, é apelado CANON DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.046)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente sem voto), CRISTINA ZUCCHI e SOARES LEVADA.

São Paulo, 14 de setembro de 2018.
NESTOR DUARTE, Relator

Ementa: Ação de rescisão contratual c. c. inexigibilidade de título. Parcial procedência. Resilição do contrato por meio eletrônico. Ausência de prova a respeito do recebimento do e-mail pela ré. Débito existente. Sentença mantida. Recurso improvido.

VOTO

Visto.

Trata- se de recurso de apelação interposto contra r. sentença de fls. 247/251, que julgou parcialmente procedente ação ajuizada por Nova Central Sindical de Trabalhadores no Estado de São Paulo NST/SP contra Canon do Brasil Indústria e Comércio Ltda. para "*declarar rescindido o contrato de prestação de serviço firmado entre as partes a partir da data do efetivo conhecimento em 24/11/2013. JULGO IMPROCEDENTE o pedido formulado na ação cautelar. Em razão de sua sucumbência na maior parte dos pedidos, arcará o autor com custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, estes fixados em 10 % do valor atualizado da causa, em relação a cada um dos processos*."

A autora alega que denunciou o contrato por meio do e-mail (endereço eletrônico constante do texto original), não sendo este fato impugnado pela ré. Cabia a ela infirmar os fatos constitutivos do direito do autor, o que não ocorreu. Ainda, afirma que cabia à ré fazer a prova da prestação dos serviços cobrados, ônus do qual não se desincumbiu. Pede, por fim, que seja considerado o dia 15.06.2013, como a data da rescisão do contrato e não como constou na r. sentença.

Recurso preparado (fls. 259/261) e não respondido, consoante certidão de fls. 266.

As partes não se opuseram ao julgamento virtual do processo, conforme certidão de fls. 271.

É o relatório.

Conheço do recurso.

Para rescindir o contrato entabulado com a ré, a autora alega que encaminhou dois e-mails, sendo fato incontroverso que apenas um deles foi encaminhado para o endereço correto.

A ré, apesar disso, nega o seu recebimento, alegando que tomou conhecimento da rescisão quando houve a cobrança do débito, em 24/10/2013.

Acesso ao Sumário

A r. sentença considerou que a autora deveria ter provado que a ré realmente teve conhecimento da sua intenção em não renovar o contrato, todavia, isso não ocorreu.

Com efeito, ela deveria ter demonstrado que ao menos a ré recebeu o e-mail, por meio do comprovante de recebimento ou leitura, recursos disponíveis no meio eletrônico, mas isso não se deu. Era seu o ônus de demonstrar os fatos constitutivos do seu direito, sobretudo porque impugnados pela ré, a quem não cabia a prova de fato negativo, ou seja, de que não recebeu o e-mail.

Há prova do e-mail (fls. 138), mas não do seu recebimento pela ré.

À luz desse raciocínio, correta a solução adotada pelo MM. Juízo *a quo*, para quem a data da rescisão foi aquela anotada na r. sentença. Para os fins do artigo 85, § 11, do CPC, a verba honorária fica alterada para 12 % do valor dado à causa.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004240-30.2016.8.26.0624, da Comarca de Tatuí, em que é apelante CLÁUDIO DE MORAES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado NILSON BRAVIN.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20035)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MORAIS PUCCI (Presidente) e MELO BUENO.

São Paulo, 17 de setembro de 2018.

FLAVIO ABRAMOVICI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: ACIDENTE DE TRÂNSITO - RESPONSABILIDADE CIVIL - DANOS MORAIS E ESTÉTICOS - Acidente de trânsito ocorreu no cruzamento de rodovia, quando o Autor (na condução de motocicleta) efetuou manobra para atravessar a faixa de rolamento da rodovia - Requerido conduzia veículo na rodovia (via preferencial) - Boletim de ocorrência e relato das testemunhas roboram a versão dos fatos descrita pelo Requerido (conduta

imprudente do Autor de ingresso abrupto na faixa de rolamento da rodovia, em desrespeito ao fluxo da via preferencial e sem a devida cautela, o que ocasionou a colisão) - Incabível o pedido de indenização (danos morais e estéticos) - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA, condenando o Autor ao pagamento das custas e despesas processuais e dos honorários advocatícios (fixados em 20% do valor da causa - a que foi atribuído o valor de R$ 400.000,00) - RECURSO DO AUTOR IMPROVIDO

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo Autor contra a sentença de fls.193/197, prolatada pelo I. Magistrado Rubens Peterson Neto (em 25 de janeiro de 2018), que julgou improcedente a "ação de indenização por danos morais decorrente de acidente de trânsito", condenando o Autor ao pagamento das custas e despesas processuais e dos honorários advocatícios (fixados em 20% do valor da causa - a que foi atribuído o valor de R$ 400.000,00), observada a gratuidade processual.

Alega que caracterizado o cerceamento de defesa, que "a única possibilidade de o Autor provar o alegado é por meio de perícia técnica no local em que ocorreu o acidente de trânsito", que caracterizada a conduta imprudente do Requerido na condução do veículo "Corsa", que "em decorrência do acidente, houve o abalroamento da sinalização de trânsito existente no local", que "se a colisão tivesse ocorrido na pista de rolamento (como diz o apelado), seria impossível a motocicleta do Autor ter atingido a placa de sinalização", que a testemunha Eduardo prestou dois relatos incongruentes entre si (o primeiro à Polícia Civil e o segundo em Juízo, durante a instrução probatória), que o boletim de ocorrência não consigna a colisão da motocicleta do Autor com a sinalização de trânsito (na borda da pista de rolamento), que a incorreção no boletim invalida aquele documento e que a "perícia técnica no local do acidente" é imprescindível ao deslinde do feito. Pede o provimento do recurso, para "anular a sentença, abrindo-se novamente a fase instrutória, determinando-se a realização de perícia técnica no local dos fatos, para apurar o real local da colisão" (fls.198/203).

Contrarrazões a fls.208/212.

É a síntese.

Incontroverso que ocorreu o acidente de trânsito em 08 de agosto de 2012 (fls.22/27), na Rodovia SP 127 (altura do quilômetro 96), quando o veículo "GM Corsa" (placas CXX-0937 - conduzido pelo Requerido) trafegava pela faixa de rolamento da rodovia e colidiu com a motocicleta "Honda CG 150"

Acesso ao Sumário

(placa EKA-5925 - conduza pelo Autor), que efetuava manobra de cruzamento da rodovia.

O Autor alega, na petição inicial, que "aguardava para realizar o cruzamento da rodovia, quando foi surpreendido pelo veículo do requerido, que veio a colidir com o autor, arremessando-o para longe", que "encontrava-se parado, aguardando para efetuar o cruzamento, e não cruzando a pista" e que configurada a culpa exclusiva do Requerido (invadiu a borda da lateral da rodovia em que se situava a motocicleta conduzia pelo Autor).

Acrescenta que "com o acidente, a motocicleta de propriedade do autor atingiu a placa de sinalização do local", que submetido a procedimento cirúrgico ("cirurgia para fixação de haste em tíbia direita e esquerda, com a colocação de placas"), que recebeu "documento emitido pela concessionária [da rodovia], requerendo [ao Autor] o pagamento dos danos causados ao patrimônio da estrada" e pede a condenação ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 250.000,00 e por danos estéticos no valor de R$ 150.000,00.

O Requerido sustenta, na contestação de fls.86/96, que "foi o próprio autor o único responsável pelo acidente", que "o autor não se encontrava parado, aguardando o momento oportuno para efetuar o cruzamento, mas sim cruzando a preferencial do requerido", que o Autor não "aguardou o fluxo preferencial para então proceder ao cruzamento", que o veículo "Corsa" (conduzido pelo Requerido) não ingressou na borda lateral da rodovia, que caracterizada a culpa exclusiva do Autor e que inexiste o dever de indenizar.

Portanto, o Requerido reconhece a ocorrência do acidente, mas as partes alegam dinâmicas distintas: o Autor alega que permanecia inerte com a motocicleta na altura do cruzamento (aguardava a liberação do fluxo de veículos para efetuar a manobra de atravessar a rodovia) quando o Requerido efetuou a manobra indevida de invasão da borda da pista (o que ocasionou o acidente), mas o Requerido sustenta que conduzia o veículo "Corsa" na faixa de rolamento da rodovia (sem invasão da borda) e que o Autor estava em movimento com a motocicleta e efetuou a manobra imprudente de ingresso abrupto na faixa de rolamento, sem observar o fluxo de veículos (o que ocasionou o acidente).

Acesso ao Sumário

A testemunha Eduardo (mídia digital, conforme o termo de audiência - fls.193/197) relata que conduzia veículo na rodovia "logo atrás" do veículo "Corsa" (conduzido pelo Requerido) e que "O Sr. Nilson [Requerido] estava no carro à minha frente, a uma distância de setenta metros, no máximo ... Eu avistei, então, a motocicleta do Sr. Claudio [Autor] em uma estrada vicinal, que cruza a rodovia. Logo depois, quando eu voltei os olhos novamente, vi a motocicleta do Sr. Claudio já entrando na rodovia e batendo no carro do Sr. Nilson. O condutor da motocicleta [Autor] cruzou sem observar. Se ele [Autor] tivesse observado o tráfego, teria esperado o veículo do Sr. Nilson passar, também teria esperado

o meu veículo passar e um terceiro veículo que vinha atrás do meu. Eu vi o Claudio batendo no carro, a motocicleta dele foi jogada para o acostamento e ele [Claudio] rolou por cima do carro do Sr. Nilson, na minha frente. Eu fui obrigado a jogar meu carro para a contramão de direção, para não atropelar o Claudio. Fiz a manobra para desviar, depois voltei e parei meu veículo ... Fui correndo para tentar parar o trânsito na rodovia ... Consegui parar e me voltei para ajudar o Claudio, ele teve uma fratura exposta ... O Claudio vinha de uma estrada vicinal e não parou no acesso ... Eu não vi ele parando ... Ele veio e entrou direto, bateu no para-lama dianteiro direito do carro do Sr. Nilson e rolou por cima de todo o lado direito do veículo ... O Sr. Nilson se manteve na linha, na rodovia. Se fosse comigo, o Claudio teria batido no meu carro também ... Do meu ponto de vista, a motocicleta [conduzia pelo Autor] atingiu o veículo [conduzido pelo Requerido] ... Depois da colisão, a motocicleta acertou uma placa de sinalização na rodovia, chegou a arrancar a placa".

Observo, por oportuno, que a testemunha Eduardo também prestou relato à Polícia Civil (em 29 de julho de 2014 - fls.133/134), quando relatou versão idêntica do acidente (ingresso abrupto da motocicleta na faixa de rolamento da rodovia): "à minha frente, tinha um veículo Corsa e, então, na frente do veículo Corsa saiu uma moto, oriunda da entrada da Cerâmica. A motocicleta adentrou a Rodovia sem os devidos cuidados e, por isso, o veículo Corsa colidiu no meio da moto", notando-se que a menção de colisão no "para-lama dianteiro direito do veículo Corsa" (depoimento em Juízo) é compatível com a menção à colisão "no meio da moto" (depoimento prestado à Polícia Civil) - o que infirma a alegação (nas razões recursais) da incongruência entre os relatos.

A testemunha Leonilde (mídia digital) afiança que "Eu estava viajando com o Sr. Nilson, estávamos chegando em Cerquilho ... O veículo estava sendo conduzido na mão certa, em linha reta ... De repente, surgiu uma motocicleta, estava muito próxima ... O carro que foi atropelado pela motocicleta. Eu me lembro mais do barulho e da motocicleta passando, arrancando as peças do veículo ... O Sr. Nilson não perdeu o controle do veículo antes do acidente, em momento nenhum, e freou como pôde ... A motocicleta veio de frente e bateu na parte dianteira, mais para o lado em que eu estava [assento do passageiro]".

O Autor e o Requerido reiteraram, nos depoimentos pessoais (mídia digital), as versões dos fatos descritas na petição inicial e na contestação.

Por sua vez, o croqui do boletim de ocorrência (fls.25) consigna o tráfego do veículo "Corsa" (conduzido pelo Requerido) na faixa de rolamento em linha reta e indica a existência de "marcas de frenagem aproximadamente por dez metros" (na pista de rolamento), antes da colisão com a motocicleta - o que também está a infirmar a versão dos fatos descrita pelo Autor -, ressaltando-se que a ausência de menção (no croqui) da posterior colisão da motocicleta com a sinalização da rodovia não invalida o documento, pois a última colisão (da

Acesso ao Sumário

motocicleta com a sinalização) é mera consequência do acidente de trânsito e não afeta a aferição da responsabilidade das partes (Autor e Requerido) quanto ao evento.

Ademais, inverossímil a alegação (nas razões recursais) de que "se a colisão tivesse ocorrido na pista de rolamento, seria impossível a motocicleta do Autor ter atingido a placa de sinalização", pois evidenciado que a motocicleta colidiu com a parte frontal direita do veículo, tornando possível que a motocicleta tenha sido arremessada para a borda lateral direita da pista (após a colisão com o veículo), com o posterior choque contra a sinalização de trânsito.

O relato das testemunhas e o croqui do boletim de ocorrência roboram a versão dos fatos descrita pelo Requerido: o Autor conduzia a motocicleta e efetuou manobra imprudente de ingresso abrupto na faixa de rolamento da rodovia, sem respeitar o fluxo da via preferencial, ocasionando a colisão com o veículo conduzido pelo Requerido - o que configura a culpa exclusiva do Autor e obsta o pedido de condenação ao pagamento de indenização por danos morais e estéticos.

Por isso, descabida a alegação do cerceamento de defesa, pois prescindível a realização de "perícia técnica no local do acidente" (conforme sustentado nas razões recursais), ressaltando-se que o Juiz pode, após analisar as provas já produzidas, dispensar a produção de outras, ainda que contra a vontade das partes, se concluir que os pontos controvertidos estão suficientemente aclarados.

Dessa forma, mantida a sentença, adotados também os seus fundamentos, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça.

Quanto ao mais, impossibilitada a majoração dos honorários advocatícios (artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil), pois fixados no limite máximo estabelecido pelo parágrafo segundo daquele artigo (em 20% do valor da causa), observada a gratuidade processual.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002208-14.2017.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes FORD MOTOR COMPANY BRASIL LTDA. e BRADESCO ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS LTDA., são apelados NATHALIA ALVES ANGARANI e MARCELO PALAIA GIANNONI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não

conheceram do recurso da corré e negaram provimento ao apelo da financiadora", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.158)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente) e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 17 de setembro de 2018.

CARLOS NUNES, Relator

Ementa: BEM MÓVEL - COMPRA E VENDA DE VEÍCULO - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C.C. INDENIZAÇÃO - EXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO AUTOMÓVEL - PROCEDÊNCIA - RECURSO DA FABRICANTE - PRELIMINAR DE DESERÇÃO - INTIMAÇÃO PARA COMPLEMENTAÇÃO DO VALOR DO PREPARO, NOS TERMOS DO ART. 1.007, § 2º DO CPC - INSUFICIÊNCIA. Constituindo-se o recolhimento do preparo um dos requisitos de admissibilidade recursal, a insuficiência da complementação enseja o reconhecimento da deserção e, consequentemente, o não conhecimento do recurso - Recurso da corré não conhecido.

BEM MÓVEL - VEÍCULO ADQUIRIDO COM FINANCIAMENTO - INGRESSO DA FINANCIADORA NOS AUTOS - CONTRATOS COLIGADOS - SENTENÇA QUE DETERMINA A BAIXA DO GRAVAME. Considerando que, no caso, o MM. Juiz acolheu o pedido de restituição dos valores pagos pelo veículo, com consequente devolução do mesmo a quem de direito, não há razão para que subsista o gravame incidente no automóvel em nome dos autores. De todo o modo, os demandantes se comprometeram a manter o pagamento das parcelas restantes, com a chancela judicial, não se apurando prejuízo à apelante. Sentença mantida. Apelo da financiadora improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de reparação de danos materiais e morais, fundada em compra e venda de veículo, movida por **NATHALIA ALVES ANGARANI**

Acesso ao Sumário

e **MARCELO PALAIA GIANNONI** contra **FORD MOTOR COMPANY BRASIL LTDA.** e **SUPERFOR RIO VEÍCULOS LTDA.**, julgada procedente pela r. sentença de fls. 320/328, complementada à fl. 351, cujo relatório fica adotado.

Inconformados, recorrem:

a) a corré "**Ford Motor**", em preliminar, aponta cerceamento de defesa, pois não lhe foi dada oportunidade para especificação de provas, em ofensa aos artigos 373, 464 e seguintes do Código de Processo Civil. Afirma que havia interesse na prova pericial de engenharia mecânica, de modo a demonstrar que o veículo foi integralmente reparado e estava apto para uso, sobretudo diante da inversão do ônus constante do artigo 6º, VIII, do Código Consumerista. Pugna pela nulidade do julgado, eis que ofertou embargos de declaração, aduzindo que desde a contestação vem demonstrando interesse na produção de provas, especialmente pericial, concluindo que houve negativa de prestação jurisdicional. Alega que a petição inicial é inepta, eis que houve demonstração do valor pretendido a título de danos materiais. No mérito, insurge-se contra a condenação à restituição do valor pago pelo veículo e aos danos materiais e morais, pois não foi comprovada a existência de vício persistente de fabricação. Argumenta que, nas ocasiões em que o veículo foi encaminhado à concessionária, foi devidamente vistoriado e reparado, conforme ordens de serviço, não havendo desídia de sua parte. Diz que o julgamento antecipado da lide é cabível nos exatos termos do artigo 355 do CPC, o que não ocorre no caso em exame. Afirma que o carro está em regular utilização até os dias atuais, sofrendo desvalorização, não se concluindo que esteja impróprio ao uso, descabida a aplicação do artigo 18, § 1º, do CDC. Ademais, mesmo com a rescisão contratual, jamais poderia ocorrer a restituição do valor de nota fiscal, sob pena de enriquecimento sem causa dos apelados, que fazem uso do veículo desde 13/05/2015, apontando ofensa aos artigos 182 e 884, do Código Civil. Assim, alternativamente, pleiteia que seja considerada restituição com base no valor de mercado do veículo, com correção monetária após a citação. Pugna para que seja definida a forma de devolução dos documentos do veículo e, também, como deverá ocorrer o cumprimento da obrigação, discriminando a maneira como entende adequado. Questiona a falta de documentos que comprovem o desembolso com locomoção, descabida a liquidação constante do artigo 509 do CPC. Assevera que o valor de R$ 500,00 fixado a título de multa por descumprimento da tutela antecipada é elevado, cabendo redução, afirmando que houve atraso de 3 (três) dias e não 4 (quatro) dias. Insurge-se, ainda, contra os danos morais, haja vista a ausência de conduta ilícita, conforme exposto, pois a demora ocorreu por fato alheio à sua vontade, protestando pela exclusão ou redução do montante arbitrado. Questiona a incidência de atualização monetária e juros sobre os danos morais, devendo incidir a partir da prolação da sentença. Colaciona doutrina e jurisprudência na

Acesso ao Sumário

defesa de sua tese. Requer o provimento do apelo (fls. 353/396).

Recurso tempestivo, com parcial preparo e respondido, com preliminar de deserção nas contrarrazões.

Este Relator determinou a complementação das custas às fls. 430/431, sobrevindo certidão da Secretaria à fl. 433.

b) a financiadora "**Bradesco Administradora de Consórcios Ltda.**", em suma, argumenta que a obrigação da administradora é a entrega do crédito, não podendo levantar o gravame enquanto o saldo devedor não for quitado, citando a cláusula 18.8. do contrato". Entende que o julgado é incoerente, eis que, uma vez condenada ao levantamento do gravame, não haveria razão para ser mantido o contrato de financiamento com os recorridos. Requer o provimento do recurso (fls. 400/404).

Recurso tempestivo, preparado e respondido.

É o Relatório.

Extrai-se da exordial que os autores, no final de 2016, através de um consórcio, adquiriram o veículo da marca Ford, modelo Focus SE AT 2.0, ano 2014/2015, cor cinza, placas FWX 3277, com pouca quilometragem, dentro da garantia de fábrica e com todas as revisões feitas em concessionárias autorizadas. Todavia, em janeiro de 2017, o automóvel apresentou os seguintes problemas: bateria descarregada, pane elétrica, necessidade de configuração do sistema, direção travada. Ocorre que, passados mais de 39 dias, o bem ainda está na concessionária, aguardando execução dos serviços, a qual alega que a culpa pela demora é da fabricante, e esta imputa responsabilidade da concessionária. Enfim, diante da expiração do prazo para reparos dos vícios, ajuizaram esta ação, visando à condenação das rés à restituição do valor pago pelo automóvel, além de danos materiais e morais.

As corrés "Ford Motor" e "Superfor Rio" apresentaram defesa, com preliminares de inépcia da exordial e, ainda, ausência de pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, eis que a propriedade do veículo não é dos autores, mas da financiadora. No mérito, em suma, sustentaram que o atraso nos reparos se deu pela necessidade de importação da peça, ausente falha na prestação dos serviços. Impugnaram, outrossim, os danos materiais e morais.

O Juízo "*a quo*" ordenou a citação da financiadora, a qual apresentou contestação, refutando a pretensão de indenização e, ainda, por se tratar de consórcio, não praticou qualquer ato irregular.

O MM. Juiz julgou procedente a ação, para declarar a rescisão do contrato de compra e venda do veículo, condenando a concessionária e fabricante, solidariamente: a) devolução dos valores pagos, com os acréscimos legais; b) indenização por danos materiais por gastos com locomoção pelo período da entrega do bem para reparo até a devolução, a ser apurado em liquidação

Acesso ao Sumário

de sentença; c) danos morais de R$ 5.000,00, com os acréscimos legais; e d) custas e despesas processuais e honorários advocatícios de 15% sobre o valor da condenação.

No tocante à financiadora, esta foi condenada ao levantamento do gravame em razão da rescisão do contrato objeto da demanda, mantendo, porém, o contrato de financiamento com os autores.

Pois bem.

Analisa-se a preliminar suscitada pelos autores, atinente à insuficiência do recolhimento do preparo recursal.

De fato, o valor recolhido pela "Ford Motor" no ato da interposição foi de R$ 721,98 (fl. 397) e, diante da insuficiência do preparo, este Relator determinou que o mesmo procedesse à complementação, no prazo de cinco dias, à luz do artigo 1.007, § 2º, do Código de Processo Civil (fls. 430/431).

Ocorre que, apesar de regularmente intimada para tanto, em despacho disponibilizado em **21/06/2018** (fl. 432), a recorrente quedou-se inerte, deixando de providenciar o recolhimento dentro do prazo concedido judicialmente, que se expirou em 29/06/2018 (vide certidão da serventia lançada a fl. 433), vindo os autos à conclusão em 18/07/2018.

Desse modo, prejudicada está a análise do reclamo, dada a deserção operada.

Nesse sentido, julgados da Casa:

"Ação revisional. Contratos de empréstimos, crédito em conta corrente e renegociação de dívida. Sentença de parcial procedência. Apelação das partes. ***Preparo recolhido a menor pelo banco réu. Inércia ante a intimação para complementação (art. 511, §2º, do CPC/1973 e art. 1.007, §2º do CPC/2015). Deserção configurada.*** *... Recurso do réu não conhecido e recurso dos autores parcialmente provido, com determinação."* ***(Ap. 0002320-81.2003.8.26.0466; Rel. Jonize Sacchi de Oliveira; Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 15/09/2016)***

"RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO ORDINÁRIA. PROCESSO CIVIL. INSUFICIÊNCIA NO RECOLHIMENTO DO VALOR DO PREPARO. DESERÇÃO. ***Determinou-se a intimação do apelante, na pessoa de seu advogado, para suprir a insuficiência do preparo recursal, no prazo de 05 (cinco) dias, em atenção ao disposto no §2º do artigo 1.007 do Novo Código de Processo Civil. Particular que se quedou inerte e não providenciou a regular complementação.*** *Lei Estadual nº 11.608/03, com alteração da Lei Estadual nº 15.855/15, que dispõe sobre o valor do preparo da apelação, qual seja, 4% (quatro por cento) sobre o valor da causa. Guia de custas acostada aos autos*

Acesso ao Sumário

que não corresponde ao valor previsto na lei de regência. Inobservância do disposto no art. 1.007 do Novo Código de Processo Civil. Recurso deserto. Recurso não conhecido." ***(Ap. 1016022-35.2015.8.26.0053; Rel. Marcelo Berthe; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 29/06/2016; Data de registro: 29/06/2016)***

A propósito, a petição da apelante "Ford Motor", protocolizada em **04/09/2018**, não tem o condão de afastar a convicção deste Relator (fls. 456/459).

Vê-se que, decorridos mais de 2 (dois) meses da intimação, a mesma aponta equívoco quando da complementação das custas, eis que a petição fora apresentada perante o Juízo de primeiro grau.

Trata-se, pois, de erro grosseiro, ausente justo impedimento ou justa causa para o regular cumprimento.

Diante desse quadro e constituindo-se o recolhimento do preparo um dos requisitos de admissibilidade recursal, a sua insuficiência dá ensejo ao reconhecimento da deserção e, consequentemente, ao não conhecimento do recurso.

A respeito, confira-se os recentes julgados que seguem:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS - PRETENSÃO DE CONTRADIÇÃO/ NULIDADE - INOCORRÊNCIA. Recurso apresentado com única finalidade quanto ao reconhecimento da deserção diante do não recolhimento de despesa postal para a efetiva intimação da agravada (Lei nº 11.608/03 e Provimento nº 833/04 CSM). Inadmissibilidade. ***Petição com a guia de custas do preparo erroneamente protocolizada em primeiro grau e liberada nos autos digitais apenas posteriormente ao prazo legal para cumprimento da determinação, bem como após a confecção do voto objeto da decisão embargada - Peticionamento eletrônico errôneo*** *- Responsabilidade da parte Lei Federal nº 11.419/2006 - Resolução nº 551/2011 TJSP. Ausência do defeito mencionado e de previsão legal a amparar a pretensão, nos moldes do art. 1.022 do NCPC. Recurso rejeitado.* ***(TJSP; Embargos de Declaração 2119951-61.2017.8.26.0000; Relator (a): Danilo Panizza; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro de Ribeirão Preto - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 31/10/2017; Data de Registro: 31/10/2017)***

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Recurso de apelação não conhecido por deserção, ante a não comprovação do recolhimento do preparo determinada por este Relator*. Embargante que, embora tenha efetuado o pagamento, endereçou a petição ao Juízo de primeiro grau. Erro grosseiro. Reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios. Rediscussão da matéria. Nítido caráter infringente. Objetivo de acesso a recursos aos Tribunais Superiores. EMBARGOS REJEITADOS.* ***(TJSP;***

Acesso ao Sumário

Embargos de Declaração 0939876-54.2012.8.26.0506; Relator (a): Afonso Bráz; Órgão Julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto - 4ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 17/07/2017; Data de Registro: 17/07/2017)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Recurso de apelação não conhecido ante a ausência de complementação do preparo determinada em segunda instância*. Apelante que protocolizou o comprovante de pagamento perante o juiz de primeiro grau. Inadmissibilidade de conhecimento do recurso em face de erro inescusável da parte. Precedentes. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade a ensejar a propositura do recurso. Inexistência de vício no julgado. EMBARGOS REJEITADOS.* ***(TJSP; Embargos de Declaração 0014221-02.2011.8.26.0002; Relator (a): Fernando Sastre Redondo; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/11/2015; Data de Registro: 26/11/2015)***

Considerando que houve interposição de recurso por parte da financiadora, passo à análise.

A insurgência restringe-se apenas quanto à exclusão do gravame incidente sobre o veículo "*sub judice*", sob o argumento que tal providência somente é possível após a quitação dos valores decorrentes do financiamento.

Como se vê no julgado, a rescisão do contrato de compra e venda alcançou a instituição financeira, eis que se tratava de pacto acessório ao principal.

No caso, o MM. Juiz acolheu o pedido de restituição dos valores pagos pelo veículo e, assim, o mesmo será devolvido a quem de direito. Nesse sentido, não há razão para que subsista o gravame incidente no automóvel em nome dos autores.

De todo o modo, os demandantes se comprometeram a manter o pagamento das parcelas restantes, com a chancela judicial (fl. 327), não se apurando prejuízo à apelante.

Em casos parelhos, esta Câmara vai além desses termos, declarando a rescisão de ambos os contratos, a saber:

BEM MÓVEL - COMPRA E VENDA DE MÓVEIS PLANEJADOS, ADQUIRIDOS MEDIANTE FINANCIAMENTO DOS BENS - Ação de rescisão contratual c/c indenização por danos materiais e morais - Existência de pedido de compra de móveis planejados, com pagamento parcial da dívida e que não foram entregues - Necessidade de desfazimento de ambos os contratos, de compra e venda e de financiamento com a entidade bancária *- Relações jurídicas interligadas entre o banco, a adquirente e a vendedora - Pretensão recursal do autor voltada a majorar honorários advocatícios sucumbenciais fixados, por equidade, na origem*

- Hipótese dos autos em que o proveito econômico é estimável, sendo proporcional e razoável, por via de consequência, o arbitramento dos honorários com base nos parâmetros do art. 85, §2º do CPC/15, e não pela regra de exceção contida no §8º do mencionado dispositivo legal - Recurso do Banco improvido e provido o recurso do autor, nos termos mencionados. ***(TJSP; Apelação 0412070-87.2009.8.26.0577; Relator (a): Carlos Nunes; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José dos Campos - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/08/2018; Data de Registro: 21/08/2018)***

APELAÇÃO. CONTRATOS DE FINANCIAMENTO E COMPRA E VENDA DE VEÍCULO CONEXOS. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. CONTRATOS COLIGADOS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA RECONHECIDA. DESFAZIMENTO DOS CONTRATOS. NECESSIDADE DE AS PARTES VOLTAREM AO MESMO ESTADO ANTES DO NEGÓCIO FIRMADO. SENTENÇA MANTIDA. APELO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA CORRÉ NESSA PARTE IMPROVIDO. *1.- Celebrados contratos coligados de compra e venda de automóvel e financiamento (alienação fiduciária), sujeitam-se ao regime do Código de Defesa do Consumidor. Em razão da conexão contratual e dos preceitos consumeristas, o agente financiador também é parte legítima para responder à ação contra si também proposta, porque também se tornou proprietário. 2.- Com a rescisão dos contratos firmados, é patente que o autor deverá receber os valores que despendeu, com a devolução do veículo a quem de direito, conforme o determinado na r. sentença. HONORÁRIOS RECURSAIS. ELEVAÇÃO DO PERCENTUAL EM RAZÃO DA ATIVIDADE RECURSAL DESENVOLVIDA. APLICAÇÃO DO ART. 85, §§ 11, DO CPC/2015. INCIDÊNCIA NO CASO. Tratando-se de recurso interposto e julgado na vigência do CPC/2015, de rigor reconhecer a incidência de seu art. 85, § 11. No caso, impõe-se o arbitramento de 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa em prol da autora, considerando a natureza do trabalho realizado em âmbito recursal.* ***(TJSP; Apelação 0048634-07.2012.8.26.0002; Relator (a): Adilson de Araujo; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/08/2017; Data de Registro: 29/08/2017)***

FINANCIAMENTO E COMPRA E VENDA - CONTRATOS COLIGADOS - PERTINÊNCIA SUBJETIVA DA AÇÃO FRENTE À FINANCEIRA E VENDEDORA - ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA - PRELIMINAR REPELIDA. *Os contratos de compra e venda de veículo e de financiamento de bem móvel são ajustes*

Acesso ao Sumário

coligados, de modo que o destino do primeiro determina a do outro. COMPRA E VENDA - BEM MÓVEL - VEÍCULO - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - APELO DO BANCO - PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS PELO FINANCIAMENTO - PERTINÊNCIA - RECURSO PROVIDO NESTE ASPECTO. Considerando-se que o pedido de devolução das parcelas pagas foi endereçado exclusivamente às corrés, fabricante e concessionária e que, quanto à financeira, meramente requereu a rescisão do contrato, atentando-se ao Princípio da Congruência e ao disposto nos artigos 141 e 492 do Novo Código de Processo Civil, de rigor, a reforma parcial da r. sentença para afastar a condenação imposta ao banco. ***(TJSP; Apelação 1019872-41.2015.8.26.0007; Relator (a): Paulo Ayrosa; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VII - Itaquera - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/09/2017; Data de Registro: 26/09/2017)***

Diante das circunstâncias, a r. sentença não comporta modificação, merecendo prevalecer por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, e pelo meu voto, **NÃO CONHEÇO DO RECURSO DA CORRÉ (Ford Motor Company Brasil Ltda.) E NEGO PROVIMENTO AO APELO DA FINANCIADORA (Bradesco Administradora de Consórcios)**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006839-10.2016.8.26.0278, da Comarca de Itaquaquecetuba, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado JOSÉ ANTONIO PEREIRA DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.814)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente) e ANTONIO RIGOLIN.

São Paulo, 17 de setembro de 2018.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO ENVOLVENDO VIATURA POLICIAL - FAZENDA PÚBLICA QUE FIGURA NO POLO ATIVO DA DEMANDA - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - PRELIMINARES AFASTADAS - LAUDO PERICIAL EM SINDICÂNCIA INSTAURADA QUE ATRIBUI AO REQUERIDO CAUSALIDADE PELO ACIDENTE AO DEIXAR DE DAR PREFERÊNCIA EM CRUZAMENTO, SEM SINALIZAÇÃO, A VEÍCULO QUE TRAFEGAVA À DIREITA - AUSÊNCIA DE ELEMENTOS INDICADORES DE CULPA DA VIATURA PELO OCORRIDO - RECURSO PROVIDO.

VOTO

Apelação interposta contra r. sentença de fls. 228/230, cujo relatório adoto, aclarada a fls. 236, que julgou improcedente ação de reparação de danos, fundada em acidente de trânsito, respondendo a autora pelos honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da causa.

Recorre a vencida em busca de reforma. Aduz nulidade da fundamentação, reputando-a em descompasso com o decidido. Insiste que responsabilidade pelos danos causados à viatura devem ser atribuídos ao requerido, vez que responsável pelo acidente ao deixar de dar preferência a veículo à direita.

Recurso contrariado, suscitadas preliminares de impossibilidade de análise do mérito, vez que insurgência almeja anular fundamentação, e cerceamento de defesa.

É o relatório.

Registre-se que o recurso é tempestivo e preenche os requisitos do art. 1.010 do CPC.

Extrai-se dos autos que a apelante moveu ação indenizatória para ressarcimento dos danos causados ao veículo pertencente ao patrimônio público, em decorrência de acidente automobilístico havido em 22.08.2012, por volta das 16:00 horas, no cruzamento entre a Rua Dom Gaspar e a Rua Murilo de Matos Farias, em Suzano - São Paulo, envolvendo viatura da polícia militar prefixo M-32461, marca Volkswagen, Gol, ano 2010, placas DJL 5408, e micro-ônibus Sprinter 313 CDI, Mercedes-Benz, placas EJW 6069.

Preliminares suscitadas não comportam acolhida.

Não há falar em nulidade por fundamentação em descompasso com o

Acesso ao Sumário

mérito ou impossibilidade de exame do mérito nesta sede.

Insurgência atribui nulidade da fundamentação ao afirmar que o I. Sentenciante reconheceu que, por não haver sinalização na via, aplicava-se o art. 29, III do CTB.

Contudo, atenta análise do julgamento revela que passagem em questão transcreve afirmação da apelante, que por sua vez, refere-se a laudo do Instituto de Criminalística, razão pela qual não vislumbro contradição entre fundamentação e resultado, confira-se:

"*Pelo descrito nos autos e conforme consta na exordial 'O Instituto de Criminalística de Mogi das Cruzes elaborou o Laudo Pericial nº 381263/2012 que afirmou não existir sinalização no local do acidente. Dessa forma, pelo Código de Trânsito Brasileiro, art. 29, inciso III, a preferência deveria ser o veículo que transitava à direito, ou seja, a viatura danificada' (Sic., página 02)*".

De igual forma, não prospera preliminar do demandado pela impossibilidade de exame do mérito, vez que requerimento a fls. 241 do apelo é expresso em pugnar por procedência do pedido, revelando que, diferentemente do que sustenta o requerido, recurso não almeja apenas análise de nulidade da fundamentação.

Melhor sorte não colhe cerceamento de defesa.

Requerimento a fls. 225/227 pugna por depoimento dos policiais envolvidos no acidente, além dos que atenderam a ocorrência. Nada obstante, ressalta a petição que os indicados foram ouvidos na sindicância da polícia militar, que instrui os autos, razão pela qual não se vislumbra utilidade na prova requerida.

Demais testemunhos, indicados a fls. 226, seriam necessários para esclarecer âmbito de valoração dos orçamentos referentes à avaliação de danos e de valor do veículo como sucata, consoante emerge da observação declinada.

Contudo, por ser orçamento prova documental, valores constantes de seu bojo poderiam ser impugnados mediante juntada de outros que infirmassem seu conteúdo, prova que deveria acompanhar a contestação, mas que não foi realizada pelo interessado, ausente impugnação pelo apelado de valoração apta a infirmar teor dos documentos.

Acesso ao Sumário

Nem se argumente com pretensão de prova documental, isto é, juntada de inquérito nº 32 BPMM-017/6/12, vez que a fls. 99/103 consta relatório e conclusão do inquérito indicado, instaurado para apurar eventual responsabilidade pelo condutor da viatura pela lesão corporal sofrida pela policial militar que ocupava o banco do passageiro, ausente justificativa a impor necessidade de dilação probatória para colheita da referida prova.

No interessante, o acidente é incontroverso, limitando-se a devolutividade à análise de responsabilidade pelo fato.

Laudo realizado pela equipe de perícias criminalísticas de Mogi das Cruzes (fls. 51/62), ao responder quesito sobre provável dinâmica do acidente consignou:

"*Do que foi dado a observar no local, na sede dos danos, nas posições e situações em que foram encontrados os veículos, infere-se que:*

Trafegava o automóvel GOL, placas DJL-5408, pela Rua Murilo de Matos Faria, em sua mão de direção, sentido Bairro-Centro quando, no cruzamento com a Rua Dom Gaspar, colidiu a sua dianteira esquerda com o terço anterior do flanco direito do veículo Sprinter placas EJW-6069 que trafegava nesta última via, em sua mão de direção, sentido Centro-Bairro. Após a primeira colisão, o Gol girou cerca de 90 graus e colidiu novamente o seu terço posterior do flanco esquerdo com o terço posterior do flanco direito do auto Sprinter que, com a roda dianteira fraturada, se arrastou por cerca de 12 metros, cruzou a pista, galgou o passeio público e chocou o seu terço anterior do flanco esquerdo contra um muro de alvenaria localizado na Rua Dom Gaspar.

Cumpre ainda informar que:

- Conforme rege o Código de Trânsito Brasileiro (artigo 29-Inciso III), em cruzamentos não sinalizados, tem preferência, o veículo que vier pela direita do condutor, logo, ***a preferência no cruzamento era do auto Gol placas DJL-5408***" (fls. 60 - destaquei).

Ao que parece, pelo trecho destacado do laudo pericial, causalidade pelo acidente deve ser atribuída ao requerido, não havendo elementos no laudo que permitam atribuir causalidade pela colisão à viatura da polícia militar.

Assim, sem que tenha o apelado logrado provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora, cuja tese é corroborada pelo laudo pericial realizado na sindicância da polícia militar, a teor do disposto no artigo 373, II do Código de Processo Civil, resta o reconhecimento da procedência da ação, condenado o apelado no pagamento de R$ 22.310,00, valor apurado como devido consoante documentos de fls. 80 e 191, montante que deve ser corrigido pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça e com juros de mora legais ambos desde o evento danoso.

Acolhido o recurso, impõe-se reforma da sucumbência, que deve ser imputada ao apelado, que fica responsável pelas custas e despesas processuais, bem como por honorários advocatícios de 10% do valor da condenação, consoante previsão do artigo 85, § 2º do Código de Processo Civil.

Dou provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1033311-69.2017.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ANDREIA DE SOUZA CIBULSKI, é apelado WAL MART BRASIL LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento à apelação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.411)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVIA ROCHA (Presidente sem voto), CARLOS DIAS MOTTA e NETO BARBOSA FERREIRA.

São Paulo, 17 de setembro de 2018.

CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Furto em estacionamento de supermercado - Subtração de objetos deixados no interior de automóvel - Ação de indenização por danos materiais e morais proposta pela vítima - Sentença de improcedência - Apelo da autora - Verossimilhança da alegação contida na inicial não verificada - Inaplicabilidade da inversão do ônus da prova - Danos materiais e morais não caracterizados - Indenizações inexigíveis Sentença mantida - Apelação desprovida

VOTO

A sentença de fls. 96/101, cujo relatório é adotado, julgou improcedente a ação proposta pela apelante, condenando-a ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios fixados em R$ 1.000,00.

Apela a autora (fls. 103/110) alegando, em apertada síntese, que não pode ser acolhido o entendimento de que "*não fez prova dos bens*" subtraídos, sendo "*sabido que nem todos costumam guardar notas, recibos, etc por muito tempo e quando guardamos não encontramos*". Aduz que "*atendeu a determinação do Magistrado conforme declaração anexa aos autos de veracidade, declaração esta que apesar de exigida pelo nobre magistrado foi por ele completamente ignorada. Outro aspecto relevante é a forma descrita pelo Magistrado que o lapso de tempo que a Apelante permaneceu no interior do mercado alegando que compramos alguns itens e logo saímos. Se fosse um shopping até seria possível permanecer o período alegado pela Apelante. Por certo o Magistrado*

Acesso ao Sumário

não conhece o prédio onde ocorreu o furto e não frequenta hipermercados. Existe 08 empresas que servem alimentos, e 14 lojas para compras, uma agência bancaria, uma lotérica, uma lavanderia, além das centenas de itens comercializados pela Apelada (artigos de vestuário, calçados, cama mesa e banho, eletro eletrônicos) podemos afirmar que as lojas da Apelada é quase um shopping. Apesar do Magistrado alegar que não se pode afirmar que à Apelante estaria mentindo sobre os fatos em sus sentença da entender que a Apelante busca o enriquecimento sem causa. Ao absolver a Apelada o Nobre Magistrado permitiu que esta continue a praticar atos de ludibriamento contra seus clientes e em especial contra à Apelante contrariando as decisões de outros Magistrados". Afirma que "*ao chegar ao estabelecimento comercial Apelado procurou os itens que compraria, alimentou-se calmamente pois não exigência legal e ou administrativa de tempo para permanecer em estabelecimentos comerciais. Outro fato importante que os consumidores procuram o mercado Apelado é que seu estacionamento não é gratuito sendo emitido o que ilude o consumidor em achar que seu veiculo e bens deixados no interior do carro estão seguros e protegidos. Observe Excelências que em nenhum momento o apelado exibiu as imagens de segurança que imponha a apelante o ônus de provar os fatos por ela descritos. A Apelante somente percebeu que seus pertences haviam desaparecido quando já havia saído do mercado a caminho de casa quando foi pegar o seu celular dentro da mochila e percebeu que não estava, pediu ao noivo que estacionasse o veiculo e desesperada desceu do carro e foi procurar os seus pertences e para sua surpresa tudo havia desaparecido. Voltou ao mercado e exigiu providências. No estabelecimento foi informada que deveria relacionar os bens que foram furtados, procurar o distrito policial e registrar a ocorrência. Após estas providências deveria retornar ao mercado e apresentar os instrumentos solicitados para que fosse encaminhado para a seguradora e posteriormente seria feito o pagamento. O que não aconteceu mesmo seguindo a risca ás exigências administrativas do Apelado. Foram várias visitas na sede do Apelado implorando para que pagassem os seus pertences principalmente os equipamentos de trabalho, pois não tinha condições financeiras para comprar novos naquele momento. Os apelos da Apelante não foram atendidos. Foi anexado aos autos o protocolo de entrega da relação dos bens furtados com seus respetivos valores e boletim de ocorrência que não foram impugnados pelo Apelado em sua contestação*". Destaca a ocorrência de abalo moral e pede o provimento do recurso.

O apelo foi regularmente processado e respondido (fls. 116/120).

É o relatório.

Consta da inicial que "*a Requerente e seu noivo depois de um exaustivo dia de trabalho (03.08.2017), estacionou seu veículo no estabelecimento réu para alimentar-se e comprar gêneros alimentícios. Ao chegar ao estabelecimento comercial acima referido, a Requerente procurou os itens que compraria e resolveu alimentar-se em um dos estabelecimento do Requerido. Ressalta-se que o estacionamento do Requerido não é gratuito, sendo emitido*

Acesso ao Sumário

ticket de estacionamento na entrada constituído espaço destinado ao uso dos clientes, com vagas cobertas, demarcadas, placas de sinalização e pessoal de segurança. As compras são levadas aos veículos estacionados através de carrinhos, que, depois de usados, são deixados no local e recolhidos pelos funcionários do estabelecimento. Ao retornar ao carro a Requerente não percebeu que o mesmo se encontrava, ao sair do mercado a Requerente foi pegar o seu celular dentro da mochila e percebeu que não estava, pediu ao noivo que estacionasse o veículo e desesperada desceu do carro e foi procurar os seus pertences e para sua surpresa tudo havia desaparecido. Retornou ao mercado imediatamente e exigiu providências. No estabelecimento foi informada que deveria relacionar os bens que foram furtados, procurar o distrito policial e registrar a ocorrência. Após estas providências deveria retornar ao mercado e apresentar os instrumentos solicitados para que fosse encaminhado para a seguradora e posteriormente seria feito o pagamento. Mesmo seguindo a risca às orientações do preposto do Requerido esta não indenizou a Requerente. Foram várias visitas na dede do requerido implorando para que pagassem os seus pertences principalmente os equipamentos de trabalho, nada. Anexo a esta encontra-se o protocolo de entrega da relação dos bens furtados com seus respetivos valores e boletim de ocorrência. Não houve qualquer retorno por parte do Requerido em que pese várias tentativas de contato realizadas pela Requerente".

A autora ainda sustentou a ocorrência de abalo moral e que, conforme relação de fl. 19, confirmada em declaração firmada a fl. 38, foram subtraídos "*1 HD externo, 1 sapatilha Melissa Ultragirl Bow, 1 Laptop Lenovo X250, 1 pendrive, 1 mochila Primicia 41441, 1 caderno universitário, 1 medidor de pressão G-Tech e 1 Iphone 6S*", totalizando a quantia de R$ 7.765,13.

O fato foi comunicado à autoridade policial em 6 de agosto de 2017 (fls. 11/13).

Em contestação (fls. 51/63), o réu sustentou a "*ausência de prova mínima e da verossimilhança das alegações autorais*", pugnando pela improcedência da ação.

Melhor esclarecendo os fatos narrados na inicial, a autora informou em sua réplica (fls. 87/91) que "*o ticket do estacionamento anexo aos autos refere-se a segunda entrada no mercado quando retornou para reclamar o furto no interior do estabelecimento. No estacionamento do mercado ao sair o ticket é validade dentro da loja e ao passar na cancela é dispensado na lixeira. Este anexo aos autos foi guardado por segurança*".

A sentença proferida julgou improcedente a ação nos seguintes termos: "*no caso em voga, ausente verossimilhança mínima nas narrativas da autora, de forma que não se concebe inverter o ônus da prova ou julgar procedente o pedido. Não se esta a dizer que a autora mente ou altera a verdade, mas apenas que não foi capaz de cumprir seu ônus probatório, deixando de juntar elementos mínimos de convicção que possam configurar a responsabilidade da*

ré. Em sua inicial, a autora alega que foi ao supermercado réu efetuar compras e fazer um lanche. Após, deixou o local no veículo e apenas no lado de fora percebeu o furto, tendo voltado ao estabelecimento para buscar a devida indenização. Porém, vejamos: no B.O lavrado três dias apos os fatos (fls. 11), a autora disse que passou três horas e meio no interior do estabelecimento (fls. 12) e que apenas percebeu o furto quando deixou o local, retornando em seguida. De forma bastante peculiar e não usual (fls. 13), afirma que o carro não teve arrombamentos ou danos. O documento de fls. 16 indica que a autora entrou no estacionamento do mercado às 22:31 Horas. Segundo a réplica, este foi o horário da segunda entrada, ou seja, do retorno após perceber os furtos dos bens. Naquela mesma peça processual, foi dito que não se tinha o tíquete da primeira entrada, já que este foi jogado fora na saída. Trata-se de versão aparentemente crível e verossímil. Porém, o documento de fls. 17 atesta que a autora comprou seu lanche em uma lanchonete às 18:35 Horas. O documento de fls. 18 traz outra compra, em outro estabelecimento no interior do supermercado às 17:56 Horas. Não há qualquer outro recibo ou tíquete de compras no local, de forma que a documentação juntada não explica a diferença de quase 04 horas entre o ultimo lanche adquirido e o retorno ao local para narrar os furtos. Se a autora passou três horas em um mercado, fazendo compras, com certeza deveria ter nota fiscal com diversos produtos comprados. Não se trata de um shopping center, onde se vai para passear, olhar vitrines, experimentar roupas, cinemas, etc. No supermercado, entra-se, compra-se e sai, mesmo que haja pequena pausa para lanche. Portanto, a linha temporal é bastante curiosa e causa duvidas sobre a dinâmica dos fatos. Não fosse só, o veiculo não tem qualquer dano ou sinal de arrombamento ou quebra de vidros que possam explicar o furto. Mesmo que atualmente criminosos tenham equipamentos eletrônicos que inibem o fechamento das portas, é obrigação do proprietário se certificar sobre o trancamento das portas. Mais do que as circunstancias acima narradas, não junta a autora sequer um documento que confirme a propriedade dos bens. Não se tem notas fiscais, termos de garantia ou outros documentos que comprovem a propriedade de diversos aparelhos eletrônicos, como notebook, celular, HD externo, etc. Ainda que haja relação de consumo, a inversão do ônus da prova não é ope legis, mas sim ope judicis, de forma que acontece em favor do consumidor, quando for verossímil sua alegação ou quando for hipossuficiente segundo as regras gerais de experiência, vale dizer, de acordo com as normas de experiência comum fornecidas pela observação do que ordinariamente acontece. (...) Aqui, nenhuma das situações encontra-se presente, já que competiria à autora prova da propriedade dos bens narrados, com a inicial, juntando a documentação pertinente. Portanto, não se cogita em indenização pelos alegados produtos que teriam sido subtraídos".

Acertada a conclusão tirada pelo culto magistrado de primeiro grau, motivo pelo qual o recurso não merece provimento.

As alegações contidas nas razões recursais não esclarecem a dinâmica dos fatos, corretamente narrada pelo magistrado de origem, a partir dos elementos de

Acesso ao Sumário

prova constantes dos autos, deixando a apelante de justificar, de forma razoável, a ausência de verossimilhança consignada na sentença.

O boletim de ocorrência traz o seguinte histórico: "*Presente nesta delegacia a vítima informando que deixou o veículo acima mencionado no estacionamento do Walmart, local dos fatos, com escopo de fazer uma refeição no Mc Donald's, de maneira que ao retornar, cerca de três horas e meia depois, verificou que haviam subtraído os pertences acima citados no interior de seu veículo. Esclarece que somente percebeu a subtração quando já tinha saído do estacionamento, retornando logo em seguida e comunicando o fato ao funcionário do supermercado, Sr. Diego. Por derradeiro, esclarece que para a prática do furto, não efetuaram nenhum arrombamento e que o estacionamento é monitorado por câmeras*" (fls. 11/13).

Nesse contexto, não houve explicação razoável para a inexistência de compras no supermercado (a inicial informa que a requerente estacionou seu veículo no estacionamento do réu não apenas para se alimentar, mas para "*comprar gêneros alimentícios*"), assim como para o longo tempo transcorrido entre o momento do jantar (lanchonete "fast-food"; nota fiscal de fl. 17), ocorrido a partir das 18h35min, e o retorno da autora ao estacionamento, às 22h31min (note-se que a autora informa que ao perceber a subtração de seus bens, "*retornou ao mercado imediatamente*"; fl. 2).

Ou seja, além da ausência de esclarecimento para o longo tempo que a autora alega ter permanecido no supermercado (sem qualquer compra por um período de cerca de 3 horas e meia), outra peculiaridade verificada é a autora e seu namorado não terem percebido o furto assim que retornaram ao veículo, se a narrativa dos fatos sugere que a mochila subtraída estava no interior do veículo (e não no porta-malas; "*ao sair do mercado a requerente foi pegar o seu celular dentro da mochila e percebeu que não estava ...*").

Mais do que isso, a descrição dos bens subtraídos demonstra que vários deles são eletrônicos e de valor significativo (laptop de R$ 4.199,00, Iphone 6S de R$ 2.612,38 e HD externo de R$ 246,05; fl. 19), não se justificando a não apresentação ao menos das notas fiscais de compra para a comprovação da propriedade, ainda que se tratem de bens móveis.

Nesses termos, como corretamente observado na sentença, não há verossimilhança nas alegações da apelante, o que impede a aplicação do instituto processual da inversão do ônus da prova previsto no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor ("*A facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências*").

Ausente a demonstração do evento danoso, não há que se falar, naturalmente, na existência de abalo moral.

Acesso ao Sumário

De rigor, pois, a integral manutenção da sentença.

Na forma do artigo 85, §§ 1º e 11, do Código de Processo Civil, fica condenada a apelante ao pagamento de honorários advocatícios recursais em favor do apelado no valor de R$ 200,00 (duzentos reais).

Ante o exposto, o voto é no sentido de se negar provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1019028-98.2017.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante JIDEILTON BORGES DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ROYAL E SUNALLIANCE SEGUROS (BRASIL) S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, vencido o terceiro juiz. Formada a divergência, em continuidade ao julgamento (CPC 2015, artigo 942), a quarta juíza acompanhou o relator sorteado e o quinto juiz acompanhou a divergência. Declara voto o terceiro juiz." **(Voto nº 24.055)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente), CESAR LUIZ DE ALMEIDA, CELSO PIMENTEL, BERENICE MARCONDES CESAR E CESAR LACERDA.

São Paulo, 28 de setembro de 2018.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator

Ementa: SEGURO DE APARELHO DE TELEFONIA MÓVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. Aparelho celular furtado. Apólice que prevê cobertura securitária apenas para furto qualificado, não para furto simples. Distinção expressamente contida na proposta de adesão que pode ser imposta ao autor. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por **JIDEILTON BORGES DE OLIVEIRA** nos autos da ação de cobrança que move contra **ROYAL E SUNALLIANCE SEGUROS BRASIL S/A**, com pedido julgado improcedente pela r. sentença de fls. 66/68, cujo relatório se adota.

Sustentou, em síntese, que não se pode exigir de pessoa leiga conhecimento

técnico para distinguir roubo de furto qualificado; que a referida diferença causa dúvidas entre os operadores do direito; que é pessoa leiga, simples e humilde; que nem mesmo sabe ler; que o princípio da igualdade deve ser observado; que não lhe foi informada qualquer limitação da cobertura; que o fato lhe ocasionou perturbações íntimas, razão pela qual faz jus ao recebimento de indenização por dano moral.

Foram oferecidas contrarrazões com pleito de desprovimento.

É o relatório.

Ao que se tem, em 24 de janeiro de 2017, o apelante celebrou contrato de compra e venda de aparelho celular da marca Samsung, modelo Galaxy J7 Duos DR CAM, com Via Varejo S/A, pelo valor de R$1.239,07 (um mil, duzentos e trinta e nove reais e sete centavos), oportunidade em que contratou seguro contra roubo e furto para o referido aparelho, no valor de R$579,06 (quinhentos e setenta e nove reais e seis centavos) (fls. 14).

Diante do furto do equipamento ocorrido em 27 de março de 2017 (fls. 12/13), a apelada negou-se ao pagamento da indenização referente ao bem, alegando ausência de cobertura no contrato de seguro para furto simples.

Isso colocado, pretende o apelante a condenação da apelada ao pagamento da indenização estipulada na apólice, bem como de reparação pela lesão anímica suportada em razão da recusa ao pagamento da indenização contratada.

No caso, ficou consignado na cláusula 2º da apólice nº 211009000917443, a cobertura para roubo ou furto qualificado, sendo certo que a cláusula 8.1, "q" (fls. 16), afasta a concessão da indenização securitária na hipótese de ocorrência de furto simples (aquele cometido sem emprego de violência) (fls. 15/18).

Nesse sentido, em se considerando que ficou evidenciada, na hipótese em estudo, a ocorrência de furto simples, haja vista a ausência de emprego de violência real, conforme consignado no boletim de ocorrência de fls. 12/13, afasta-se a indenização pleiteada pelo apelante a esse título, eis que ausente a cobertura securitária para furto simples, inexistindo qualquer irregularidade na distinção expressamente referida na apólice contratada.

Alfim, tendo em vista a necessidade de fixação de remuneração pelo trabalho adicional realizado pelos patronos da apelada na fase recursal e observados os parâmetros legais, com espeque no art. 85, § 11, do CPC/2015, a verba honorária devida pelo apelante é majorada de dez por cento (10%) para doze por cento (12%) sobre o valor da causa.

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

DECLARAÇÃO DE VOTO PARCIALMENTE VENCIDO

(Voto nº 38.804)

Ementa: 1. De consumidor que contrata seguro não se exige conhecimento da distinção entre tipos penais, como roubo, furto qualificado ou furto simples: ao pagar prêmio à seguradora, ele se previne do risco da subtração, que a ela transfere.

2. Ausente lesão moral na simples inadimplência contratual, rejeita-se a pretendida indenização dessa natureza.

Adotado o relatório, peço licença ao eminente relator para divergir em parte.

A apólice cobre roubo e furto qualificado (fl. 15) e a subtração do aparelho de telefone celular de dentro da bolsa do autor, objeto do seguro, constitui fato incontroverso.

De consumidor que contrata seguro não se exige conhecimento da distinção entre tipos penais, como roubo, furto qualificado ou furto simples: ao pagar prêmio à seguradora, ele se previne do risco da subtração, que a ela transfere.

Aliás, na relação de consumo e para não se falar da abusividade da cláusula de exclusão de cobertura no furto simples, dúvida que houvesse interpretar-se-ia em favor do consumidor (Código de Defesa do Consumidor, art. 47).

Todavia, na recusa à cobertura há mera inadimplência contratual e, portanto, de indenização moral não se cogita. Aí, tudo não passa de aborrecimento, de dissabor, sem lesão a direito de personalidade e, pois, sem ensejar direito à reparação de tal natureza, na linha de precedentes desta Corte (cf., entre tantos outros acórdãos, Ap. 992.09.081050-2, j. 15.12.2009, deste relator) e de reiterada orientação do Superior Tribunal de Justiça.[1]

1 - "1. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o simples inadimplemento contratual, em regra, não configura dano moral indenizável, devendo haver a demonstração de consequências fáticas capazes de ensejar o sofrimento psicológico" - AgRg no AREsp 844.216/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, j. 19/9/2017, DJe 27/9/2017.

- "A jurisprudência desta Corte entende que o simples inadimplemento contratual não gera, em regra, danos morais, por caracterizar mero aborrecimento, dissabor, envolvendo controvérsia possível de surgir em qualquer relação negocial, sendo fato comum e previsível na vida social, embora não desejável nos negócios contratados" - AgInt no REsp 1476632/SP, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, j. 17/8/2017, DJe 08/9/2017.

- "Somente haverá indenização por danos morais se, além do descumprimento do contrato, ficar demonstrada circunstância especial capaz de atingir os direitos de personalidade, o que não se confunde com o mero dissabor" - REsp 1599224/RS, Rel. Min. ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, j. em 08/8/2017, DJe 16/8/2017.

- "A jurisprudência consolidada nesta Corte Superior permeia-se no sentido de que o mero inadimplemento contratual não se revela suficiente a ensejar dano de ordem moral hábil a perceber indenização, porquanto

Acesso ao Sumário

Assim, a seguradora honrará a apólice e fica condenada ao pagamento de prometida indenização ao autor, com correção monetária desde o evento, 27 de março de 2017 (fls. 12), abatida a franquia (fl. 19) (cf. Ap. 1002951-27.2017.8.26.0010, j. 18.12.2017, deste relator).

Pelo meu voto, julgo, pois, procedente em parte a demanda contra a seguradora, que, além do principal, arcará com as custas e com honorários advocatícios de sucumbência de quinze por cento sobre a condenação, e, para os fins indicados, dou provimento parcial ao apelo.

CELSO PIMENTEL, Desembargador, Terceiro Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0039191-38.2013.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante JOÃO BATISTA RIBEIRO BRANDÃO, são apelados VERIDIANA SIRCILLI FARAONI, ANDRÉ FARAONI, JOÃO PEDRO e ALZIRA CABRAL PEDRO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.671)**

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

São Paulo, 3 de outubro de 2018.

CESAR LUIZ DE ALMEIDA, Relator

Ementa: APELAÇÃO - LOCAÇÃO DE IMÓVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS - LOCATÁRIO TEM O DEVER DE

Acesso ao Sumário

considerado como hipótese de dissabor do cotidiano, razão pela qual o entendimento perfilhado pela Corte de origem se coaduna com o posicionamento adotado por esta Casa. Incidência da Súmula 83/STJ. Precedentes. AgRg no REsp 1408540, REsp 1129881/RJ, REsp 876.527/RJ" - AgRg no AREsp 362136/SP, Rel. Min. MARCO BUZZI, 4ª T., j. 3.3.2016, DJe 14.3.2016.

- "Esta Corte tem firmado o posicionamento de que o mero descumprimento contratual, caso em que a promitente vendedora deixa de entregar o imóvel no prazo contratual injustificadamente, embora possa ensejar reparação por danos materiais, não acarreta, por si só, danos morais" - AgRg no AREsp 570086/PE, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, 3ª T., j. 20.10.2015, DJe 27.10.2015.

- "Nos termos da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, o simples inadimplemento contratual não gera, em regra, danos morais, por caracterizar mero aborrecimento, dissabor, envolvendo controvérsia possível de surgir em qualquer relação negocial, sendo fato comum e previsível na vida social, embora não desejável nos negócios contratados" - AgInt no AREsp 1553703/SP, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, 4ª T., j. 15.12.2016, DJe 7.2.2017.

DEVOLVER O IMÓVEL NO MESMO ESTADO EM QUE FOI LOCADO - LAUDO DE VISTORIA FINAL REALIZADO UNILATERALMENTE - ESTADO DE CONSERVAÇÃO DO BEM NÃO COMPROVADO AUSÊNCIA DE PROVA DA EXISTÊNCIA DE DANOS DECORRENTES DE MAU USO - ÔNUS QUE INCUMBIA AO AUTOR - INTELIGÊNCIA DO DISPOSTO NO ARTIGO 373, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - SENTENÇA MANTIDA - NECESSIDADE DE MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM GRAU RECURSAL - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação (fls. 163/175) interposto contra a r. sentença de fls. 141/146 (publicada em 22/02/2018) que julgou improcedente a ação de indenização por danos materiais em imóvel locado, bem como rejeitou o pedido contraposto da correquerida Veridiana.

Em razão do reconhecimento da sucumbência recíproca, determinou que o autor e a correquerida Veridiana arcassem com as próprias despesas, além de honorários advocatícios da parte contrária fixados em R$ 954,00.

Ademais, determinou que o autor arcasse com as despesas processuais, bem como os honorários advocatícios do correquerido André, fixados em R$ 954,00.

O autor apela alegando, preliminarmente, o cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide.

No mérito, sustenta que foi concedido prazo aos apelados para contestarem o laudo de vistoria de saída. Diz que eles estavam cientes dos reparos a serem feitos. Afirma que os apelados se obrigaram a devolver o imóvel nas mesmas condições do início da locação. Aduz que os orçamentos apresentados são plausíveis e coerentes. Alega que a produção antecipada de provas era desnecessária no caso dos autos, pois os danos estão comprovados na vistoria de saída.

Contrarrazões a fls. 186/193 e 195/205.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Ab initio, afasto a alegação de cerceamento de defesa, pois como se sabe o Juiz é o destinatário da prova, cumprindo a ele aferir a necessidade, ou não, de dilação probatória.

Acesso ao Sumário

Ao contrário do afirmado pela apelante, o julgamento antecipado do processo, sem a realização de prova oral, não caracterizou cerceamento de defesa, pois, como já se decidiu: **"Sendo o juiz o destinatário da prova, somente a ele cumpre aferir sobre a necessidade ou não de sua realização. Nesse sentido: RT 305/121". Sic**

No mesmo sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a saber: **"Tendo o magistrado elementos suficientes para o esclarecimento da questão, fica o mesmo autorizado a dispensar a produção de quaisquer outras provas, ainda que já tenha saneado o processo, podendo julgar antecipadamente a lide, sem que isso configure cerceamento de defesa (STJ-6ª Turma - Resp 57.861-GO - Relator Ministro Anselmo Santiago - j. 17.2.98 - v.u. - DJU 23.3.98 - p. 178)" Sic**

Salienta-se que a oitiva de testemunhas não se prestaria à comprovação dos danos alegados pelo apelante e, por isso, sua produção revelava-se mesmo desnecessária.

No mais, quanto ao mérito, deixo consignado que o recurso não comporta provimento.

Com efeito, não se desconhece a obrigação do locatário de restituir o imóvel nas mesmas condições em que estava à época do início da locação.

Todavia, no caso dos autos, considerando que a vistoria final foi realizada unilateralmente, sem o contraditório, não se pode averiguar a ocorrência de danos decorrentes do mau uso da propriedade.

Ora, apenas a vistoria regularmente efetuada constitui meio de prova hábil a comprovar o estrago fora da normalidade do uso e possibilitar ao locador lesado cobrar os custos dos reparos que se fizerem necessários no imóvel.

Nesse contexto, tem-se que se o locador pretendia cobrar as despesas de reparo por danos causados pelos locatários, deveria ter se acautelado quando do recebimento do imóvel e providenciado imediatamente a regular vistoria. Se a vistoria comum não fosse possível, poderia então se utilizar da via judicial, para constatar, com segurança, o que era realmente de responsabilidade do locatário.

Acesso ao Sumário

Portanto, não restou demonstrado o real estado de conservação do imóvel por ocasião da entrega das chaves, ônus que incumbia ao autor, a teor do artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil, razão pela qual a improcedência da ação era mesmo medida de rigor.

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

"AÇÃO DE COBRANÇA. LOCAÇÃO DE IMÓVEL. Ausência de vistoria inicial a marcar a condição do imóvel, que impõe ao locador o ônus da demonstração de deterioração havida no curso do pacto, assim como o mau uso do bem. Ônus não superado que impõe o não acolhimento da pretensão. Recurso provido." (Apelação nº

0004567-57.2009.8.26.0229 - 28ª Câmara de Direito Privado - Relator Desembargador DIMAS RUBENS FONSECA - j. 28/01/2014 - v.u.). Sic

"Porque não há prova de mau uso nem dos danos no imóvel locado, a que não se presta vistoria unilateral, mantém-se decreto de improcedência da demanda indenizatória ajuizada pelo locador." (Apelação nº 0026985-75.2007.8.26.0320 - 28ª Câmara de Direito Privado - Relator Desembargador CELSO PIMENTEL - j. 28/03/2017 - v.u.). Sic

"Locação. Ação de cobrança. Estragos causados ao imóvel. Não obstante o contrato determine que o imóvel deva ser devolvido no mesmo estado em que se encontrava no início da locação, a não realização de uma vistoria final impede atribuir à locação as avarias do imóvel. Recurso desprovido." (Apelação nº 0016163-12.2011.8.26.0506 - 28ª Câmara de Direito Privado - Relator Desembargador CESAR LACERDA - j. 22/02/2013 - v.u.). Sic

Por fim, o desprovimento do recurso torna necessária majoração dos honorários advocatícios impostos ao autor/apelante para R$ 1.200,00, nos termos do artigo 85, § 11º, do Código de Processo Civil.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002382-72.2017.8.26.0609, da Comarca de Taboão da Serra, em que é apelante SENDAS DISTRIBUIDORA S/A (NOME FANTASIA ASSAÍ), é apelado CELVO MANOEL DO NASCIMENTO.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.443)**

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

São Paulo, 3 de outubro de 2018.

MARCOS RAMOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Bens móveis - Suco de uva e sacola plástica - Compra e venda - Ação de indenização por danos

morais e estéticos - Demanda de vítima em face de empresa distribuidora - Revelia da ré - Sentença de parcial procedência para reconhecer os prejuízos morais - Recurso da ré - Manutenção do julgado - Cabimento - Sacola plástica que não resistiu ao peso do suco de uva, de 01 (um) litro, em garrafa de vidro, rasgou e ocasionou a queda do vasilhame - Estilhaço de vidro que causou lesões na perna do consumidor, que passou por tratamento cirúrgico - Danos morais evidenciados - Indenização devida - Valor arbitrado de maneira justa e módica. Apelo da ré desprovido.

VOTO

VOTO DO RELATOR

Cuida-se de recurso de apelação interposto em ação de indenização fundada em compra e venda de bens móveis (suco de uva e saco plástico), proposta por Celvo Manoel do Nascimento em face de "Sendas Distribuidora S/A (Assaí)", onde proferida sentença que julgou procedente em parte a pretensão deduzida para condenar a requerida ao pagamento da quantia de R$ 19.080,00, a título de danos morais, corrigida monetariamente a partir do arbitramento e acrescida de juros moratórios legais contados da citação, além de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação - fls. 132/137.

Aduz a empresa ré que o julgado carece de parcial reforma à alegação, em apertada síntese, de que descabe indenização por danos morais, porquanto inexistente demonstração de sequelas ou abalo psíquico. Subsidiariamente, roga pela mitigação do montante condenatório - fls. 140/147.

Após contrarrazões às fls. 178/201, vieram os autos conclusos a este relator.

Recurso tempestivo e acompanhado de preparo.

É o relatório.

O apelo não comporta acolhimento.

Demanda ajuizada à argumentação de que o autor adquiriu, junto à empresa ré, em 22.01.2017, um suco de uva integral, em embalagem de vidro com 01 (um) litro, da marca "Aurora", por R$ 13,50, assim como uma sacola plástica para transportar o produto, por R$ 0,25.

Relatou que já no estacionamento da loja a sacola rasgou, o suco caiu ao chão e um estilhaço da garrafa de vidro atingiu a sua perna direita, ao que necessária imediata intervenção cirúrgica.

Pleiteou, assim, pelo recebimento de indenização pelos danos físicos e

Acesso ao Sumário

morais experimentados com o acidente de consumo.

Devidamente citada, a ré deixou transcorrer *in albis* o prazo para oferecer contestação.

Diante disso, à evidência, tenho que o digno Magistrado da causa deu correto solucionamento de parcial procedência à lide, em sentença percucientemente fundamentada e que não comporta modificação.

Resta indiscutível a relação de consumo estabelecida entre as partes, haja vista a presença dos pressupostos estabelecidos pelos arts. 2º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor.

No mais, é dever do fornecedor de produtos e serviços não acarretar riscos à segurança do consumidor, exceto os considerados normais e previsíveis em natureza de sua fruição (art. 8º, do CDC), situação que, à evidência, não se verificou na hipótese em comento, em que a sacola plástica não suportou o peso do produto adquirido.

O prejuízo moral suportado é ínsito aos fatos e à gravidade do acontecimento, uma vez que sofreu lesões físicas em decorrência do acidente, como já exposto.

Não se deve deslembrar que a indenização por dano moral não visa apenas ao restabelecimento do *status quo ante*, mas também a evitar que o ofensor não mais venha a reiterar a conduta danosa, e seu arbitramento deve ser feito com bom senso e moderação, proporcionalidade ao grau de culpa, à gravidade da ofensa, ao nível econômico do lesante, à realidade da vítima e às particularidades do caso *sub examine*.

Sob o prisma dessas considerações, tenho como justa e adequada a quantia arbitrada pelo Juízo de origem.

Nesse sentido:

"*Indenização - Dano moral - Fixação - Critérios retributivo e preventivo - Grau de culpa do autor do dano e o sofrimento da vítima - Produzindo efeitos inibidores à reprodução de atos semelhantes - Teoria do desestímulo - Necessidade.*" (TJSP - Ap. c/Rev. 850.040-00/0 - 30ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. ANDRADE NETO - j. 13.7.2005).

Por fim, observo que a sentença foi proferida após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil e, portanto, em atenção ao disposto no seu art. 85, §11, majoro a verba honorária advocatícia da sucumbência para 12% sobre o valor da condenação.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo.

Acesso ao Sumário

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2135489-48.2018.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é impetrante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é impetrado MM JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DA FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES DA COMARCA DE BAURU.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a segurança. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.014)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente sem voto), PERCIVAL NOGUEIRA e EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE.

São Paulo, 23 de agosto de 2018.

VITO GUGLIELMI, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. DECISÃO QUE DETERMINOU À FAZENDA PÚBLICA A QUAL VINCULADO O *PARQUET* O CUSTEIO DOS HONORÁRIOS PERICIAIS. CABIMENTO. ARTIGO 18, DA LEI Nº 7.347/85 (LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA), QUE ISENTA OS AUTORES DA DEMANDA DE ADIANTAR CUSTAS, EMOLUMENTOS, HONORÁRIOS PERICIAIS E OUTRAS DESPESAS. PERITO, TODAVIA, QUE NÃO PODE EXERCER SUA ATIVIDADE DE MANEIRA GRATUITA. REGRA ESPECIAL E QUE SE INSERE NO MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO, AFASTANDO A INCIDÊNCIA DAS REGRAS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OBRIGAÇÃO DE CUSTEIO DOS HONORÁRIOS PERICIAIS PELA FAZENDA PÚBLICA FIXADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL REPETITIVO

Acesso ao Sumário

(REsp nº 1.253.844/SC). PRECEDENTE DE EFICÁCIA VINCULANTE, CONFORME ARTIGO 927, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. NOVO REGRAMENTO ACERCA DAS DESPESAS DE ATOS PROCESSUAIS PRATICADOS A REQUERIMENTO DA FAZENDA PÚBLICA, DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA DEFENSORIA PÚBLICA, CONTIDO NO ARTIGO 91, DO ESTATUTO PROCESSUAL DE 2015, QUE NÃO AFASTA OU AUTORIZA A SUPERAÇÃO DA TESE JURÍDICA FIXADA NO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DISPOSITIVO DA LEI Nº 7.347/85 QUE ESTABELECE REGIME ESPECIAL DE CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS. NORMA ESPECÍFICA DO SISTEMA PROCESSUAL COLETIVO QUE NÃO FOI DERROGADA PELA REGRA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APLICAÇÃO RESIDUAL DO ESTATUTO PROCESSUAL CIVIL NO ÂMBITO DO PROCESSO COLETIVO, DE MANEIRA SUPLETIVA OU SUBSIDIÁRIA, A DEPENDER DA EXISTÊNCIA OU NÃO DE TRATAMENTO NORMATIVO REALIZADO PELOS DIPLOMAS LEGAIS DE DIREITO COLETIVO. MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO QUE É REGIDO POR REGRAS E PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS E INTER-RELACIONADOS, DE CARÁTER NÃO INDIVIDUALISTA. AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES DE SUPERAÇÃO DE PRECEDENTE VINCULANTE, PORQUANTO O PRECEDENTE NÃO FOI SUBSTITUÍDO POR OUTRO ('OVERRULING'), TAMPOUCO TEVE SEU ÂMBITO DE EFICÁCIA RESTRINGIDO ('OVERRIDING'). SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE PERMANECE MANTENDO A APLICAÇÃO DO POSICIONAMENTO FIXADO EM RECURSO ESPECIAL REPETITIVO MESMO APÓS A VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. CORTE SUPERIOR QUE ENTENDEU QUE A TESE JURÍDICA FIRMADA NO PRECEDENTE VINCULANTE NÃO SOFREU

Acesso ao Sumário

ALTERAÇÃO DIANTE DO REGRAMENTO INSERTO NO ARTIGO 91, DO NOVEL ESTATUTO PROCESSUAL CIVIL. APLICÁVEL ESTÁVEL DO ENTENDIMENTO CONTIDO EM RECURSO ESPECIAL REPETITIVO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE NÃO PERMITE AOS DEMAIS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO PROCEDER À APLICAÇÃO DA SUPERAÇÃO ANTECIPADA DO PRECEDENTE ('ANTICIPATORY OVERRULING'), CONSIDERANDO NÃO HÁ INDICAÇÃO PELA CORTE SUPERIOR DE MODIFICAÇÃO DE SEU POSICIONAMENTO. PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA NESSE SENTIDO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA.

VOTO

1. Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado contra ato do Exmo. Senhor Juiz de Direito da 3ª Vara da Família e das Sucessões da Comarca de Bauru, em ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, que determinou à Fazenda Pública o custeio dos honorários periciais, no prazo de 48 horas, sob pena de bloqueio.

Alega a impetrante que o presente remédio constitucional é cabível, considerando que da decisão combatida não é admissível recurso algum, daí a viabilidade do manejo do "mandamus", nos termos do artigo 5º da Lei nº 12.016/09. Enfatiza que a Fazenda Pública Estadual não é parte da relação processual na qual proferida a determinação judicial tida por ilegal. Aduz que, após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, não mais se sustenta o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, fixado em recurso especial repetitivo (REsp nº 1.253.844-SC), que, calcado na aplicação analógica da Súmula nº 232 daquela Corte, estabeleceu a obrigação de a Fazenda Pública custear o adiantamento dos honorários periciais nas ações civis públicas promovidas pelo Ministério Público. Argumenta que o Novo Estatuto Processual Civil disciplinou detalhadamente, em seu artigo 91, a forma como se realiza o pagamento dos honorários periciais para a realização de prova requerida pela Fazenda Pública, pelo *Parquet* e pela Defensoria Pública. Diz que as premissas que embasaram o entendimento sumular foram superadas pela nova sistemática legal. Alega que diante da ineficácia do artigo 18, da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), deve haver a aplicação subsidiária das normas do Código de Processo Civil, como regra de interpretação e integração do sistema

Acesso ao Sumário

processual. Diz que a exigência do pagamento dos honorários periciais como ônus a ser cumprido pelo interessado implica em litigiosidade responsável, opção política encampada pelo Novo Código de Processo Civil. Argumenta que o Ministério Público constitui instituição independente, apartada da estrutura organizacional da Fazenda Pública do estado de São Paulo, que ostenta, por imperativo constitucional, autonomia administrativa, funcional e capacidade orçamentária própria, conforme artigo 127, § 3º e artigo 165, da Constituição da República. Frisa que o modelo constitucional do *Parquet*, ao mesmo tempo que lhe garante autonomia, lhe impõe responsabilidades. Afirma, ainda, que a geração de despesa a cargo da Administração Pública supõe a prévia existência de autorização legislativa e de previsão orçamentária, sob pena de violação dos mandamentos insertos nos artigos 37, "caput", e 167, II e IV, da Magna Carta. Menciona jurisprudência a seu favor. Conclui pela concessão da segurança.

Foi indeferida a liminar (fls. 42/43).

A autoridade coatora prestou informações a fls. 45/46.

A Procuradoria de Justiça opinou pela denegação da segurança (fls. 50/55).

É o relatório.

2. Busca a impetrante a suspensão de decisão proferida em ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo que determinou à Fazenda Pública o custeio dos honorários periciais, no prazo de 48 horas, sob pena de bloqueio.

É caso de denegação da segurança.

A Lei nº 7.347/85 determina que nas ações civis públicas não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e outras despesas pela parte autora.

A referida isenção não implica, todavia, que o *expert* preste serviço gratuitamente, devendo, pois, ser remunerado pelo exercício de sua atividade.

Dessa maneira, sendo o autor isento do custeio da referida despesa processual e não se podendo transferir ao réu o ônus do pagamento de prova postulada pelo demandante, fora sedimentado o entendimento pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial repetitivo (REsp nº 1.253.844/SC, Primeira Seção, j. 13.03.2013), que, com base em aplicação analógica da súmula nº 232 daquela Corte, nas ações civis públicas promovidas pelo Ministério Público, compete à Fazenda Pública ao qual vinculado o referido *Parquet* o custeio dos honorários periciais. Confira:

> ***ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS. NÃO CABIMENTO. INCIDÊNCIA PLENA DO ART. 18 DA LEI N. 7.347/85. ENCARGO TRANSFERIDO À FAZENDA PÚBLICA. APLICAÇÃO***

Acesso ao Sumário

DA SÚMULA 232/STJ, POR ANALOGIA.

1. Trata-se de recurso especial em que se discute a necessidade de adiantamento, pelo Ministério Público, de honorários devidos a perito em Ação Civil Pública.

2. O art. 18 da Lei n. 7.347/85, ao contrário do que afirma o art. 19 do CPC, explica que na ação civil pública não haverá qualquer adiantamento de despesas, tratando como regra geral o que o CPC cuida como exceção. Constitui regramento próprio, que impede que o autor da ação civil pública arque com os ônus periciais e sucumbenciais, ficando afastada, portanto, as regras específicas do Código de Processo Civil.

3. Não é possível se exigir do Ministério Público o adiantamento de honorários periciais em ações civis públicas. Ocorre que a referida isenção conferida ao Ministério Público em relação ao adiantamento dos honorários periciais não pode obrigar que o perito exerça seu ofício gratuitamente, tampouco transferir ao réu o encargo de financiar ações contra ele movidas. Dessa forma, considera-se aplicável, por analogia, a Súmula n. 232 desta Corte Superior ("A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito"), a determinar que a Fazenda Pública ao qual se acha vinculado o Parquet arque com tais despesas. Precedentes: EREsp 981949/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2010, DJe 15/08/2011; REsp 1188803/RN, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/05/2010, DJe 21/05/2010; AgRg no REsp 1083170/MA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 29/04/2010; REsp 928397/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/09/2007, DJ 25/09/2007 p. 225; REsp 846.529/MS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/04/2007, DJ 07/05/2007, p. 288.

4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/08. (REsp 1253844/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/03/2013, DJe 17/10/2013)

Convém recobrar que as normas pertinentes ao processo coletivo se encontram unidas por princípios e lógica comuns, de caráter não-individualista, de maneira que se relacionam, se interpenetram, se informam, se sustentam e se subsidiam, criando um verdadeiro microssistema processual coletivo.

Nesse sentido, é a norma que se extrai da interpretação dos artigos 90, do Código de Defesa do Consumidor, e do artigo 21, da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública).

Acesso ao Sumário

No âmbito do microssistema processual coletivo se inserem as dicções normativas não apenas dos sobreditos diplomas legais, mas todas aquelas referentes aos direitos coletivos, razão pela qual o corpo legislativo integrante do microssistema é idôneo a suprir eventual lacuna das demais normas, porque, interligadas, compõe um sistema especial.

Nessa linha intelectiva, a respeito do postulado hermenêutico do microssistema referente à aplicação integrada das leis para a tutela coletiva, com diálogo das fontes, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr ensinam que:

> ***"Os processos coletivos são regidos por regras e princípios próprios e integrados, cuja compreensão e aplicação devem ser feitas em permanente diálogo.***
>
> ***Sempre que houver uma aparente lacuna nesse conjunto normativo, caberá ao aplicador buscar a solução para o problema dogmático dentro do microssistema da tutela coletiva.***
>
> ***É certo que o CPC-2015 é o primeiro código de processo civil brasileiro já levando em consideração a tutela coletiva. As diversas técnicas processuais avançadas previstas no CPC, todas elas aplicáveis ao processo coletivo, permitem que se possa dizer que, em certa medida, também ele compõe o microssistema da tutela coletiva - embora não se possa colocá-lo no núcleo desse sistema.***
>
> ***Assim, antes de voltar os olhos para o sistema geral, o intérprete deverá examinar, no conjunto legislativo que constitui o microssistema, se não existe uma norma mais adequada à correta pacificação do conflito coletivo com justiça.***
>
> ***Aplicável, assim, a teoria do diálogo das fontes, desenvolvida por Erick Jaime e no Brasil por Cláudia Lima Marques: há diversas fontes de normas coletivas, que devem ser interpretadas em permanente diálogo sistemático de coerência: 'na aplicação simultânea das duas leis, uma lei pode servir de base conceitual para a outra'"*** ("Curso de Direito Processual Civil. v. 4. 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 109)

Assim segue o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> ***"[...] 8. A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se."*** (REsp 510.150/MA, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2004, DJ 29/03/2004, p. 173)

Ao que se extrai da leitura do referido recurso especial repetitivo (REsp

Acesso ao Sumário

nº 1.253.844/SC, Primeira Seção, j. 13.03.2013), o Superior Tribunal de Justiça afastou a incidências das regras do Código de Processo Civil, fazendo valer a aplicação da norma contida no artigo 18, da Lei nº 7.347/85, própria do sistema coletivo.

E a vigência do novel Código de Processo Civil, mormente o regramento inserto no artigo 91, não afasta o entendimento pacificado no precedente vinculante.

Com efeito, prescreve o artigo 927, III, do Estatuto Processual Civil de 2015 que os juízes e tribunais observarão os acórdãos em julgamento de recurso especial repetitivo.

Via de consequência, os órgãos do Poder Judiciário devem observar em seus julgamentos, entre outras hipóteses, os entendimentos fixados no bojo de recurso especial repetitivo, dada sua eficácia vinculante.

O precedente constitui norma da espécie regra, porque, situada em plano mais ativo, é voltada para a solução do caso, determinando de modo mais definitivo a norma individual decisória da lide, daí porque sua aplicação se faz mediante subsunção.

No entanto, na dinâmica de uso de precedente, nada obsta a possibilidade de modificação de entendimento, uma vez que o dever de estabilidade da jurisprudência apenas impede a alteração injustificada do entendimento. A revisão do posicionamento pode revelar-se necessária, motivada em atendimento ao primado da justiça.

Nessa seara, a doutrina indica a existência de duas técnicas de superação de precedentes, a saber: i) o *overruling*; ii) o *overriding*.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira lecionam que:

> ***"Overruling** é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (**overruled**) por outro precedente. O próprio tribunal, que firmou o precedente pode abandoná-lo em julgamento futuro, caracterizando o **overruling**. Essa substituição pode ser:*
>
> ***i() expressa (**express overrulling**), quando um tribunal resolve, expressamente, adotar uma nova orientação, abandonando a anterior; ou***
>
> ***ii() tácita ou implícita (**implied overruling**), quando uma orientação é adotada em confronto com posição anterior, embora sem expressa substituição dessa última. O **implied overruling** não é, porém, admitido no ordenamento brasileiro, tendo em vista a exigência de fundamentação adequada e específica para a superação de uma determinada orientação jurisprudencial (art. 927, § 4º, CPC). É preciso dialogar com o precedente anterior para que se proceda ao overruling."***

Acesso ao Sumário

("Curso de Direito Processual Civil". v. 2. 11 ed. Salvador: JudPodvm, 2016. pp. 507/508)

Com relação ao *overriding*, os mencionados autores ensinam que "*Há* overriding *quando o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função de superveniência de uma regra ou princípio legal*. *No* overriding, *portanto, não há superação total do precedente, mas apenas uma superação parcial. É uma espécie de revogação parcial.*" ("Curso de Direito Processual Civil". v. 2. 11 ed. Salvador: JudPodvm, 2016. pp. 520/521)

In casu, não se constata tenha havido a superação do precedente.

Como se disse, no julgamento do citado recurso especial repetitivo (REsp nº 1.253.844/SC, Primeira Seção, j. 13.03.2013), o Superior Tribunal de Justiça rechaçou a aplicação das regras do Código de Processo Civil de 1973, fazendo valer a incidência do artigo 18, da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública).

A tese jurídica ali firmada consiste na aplicação de regra específica do microssistema processual coletivo em detrimento das regras do Estatuto Processual Civil.

O novo regramento acerca do custeio de atos processuais praticados a requerimento da Fazenda Pública, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, estabelecido no artigo 91, do Código de Processo Civil de 2015, não afasta ou justifica a alteração da tese jurídica fixada no recurso especial repetitivo.

Deveras, ainda que o Estatuto Processual Civil vigente apresente maior abertura à tutela coletiva, não possui aptidão para revogar normas próprias do sistema coletivo.

Com efeito, permanece vigente a dicção normativa do artigo 18, da Lei nº 8.347/85, que isentou os autores de ação civil pública do adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e outras despesas.

Repita-se: a referida norma se insere no microssistema processual coletivo, regido por regras e princípios específicos e inter-relacionados, de caráter não individualista.

Dessa maneira, a integração dos ditames do Código de Processo Civil na tutela coletiva é residual e faz-se mediante a aplicação da teoria dos diálogos das fontes, incidindo de maneira supletiva ou subsidiária a depender da existência ou não de tratamento normativo realizado pelos diplomas legais de direito coletivo.

Não é outra a lição doutrinária:

"Assim, o microssistema do processo coletivo e o CPC se aplicam conforme um diálogo de fontes. A aplicação do CPC ao microssistema da tutela coletiva é supletiva e subsidiária conforme o caso; supletiva quando não há no microssistema disciplina da matéria, por exemplo, no

Acesso ao Sumário

caso dos precedentes obrigatórios e das demais normas fundamentais; subsidiária, quando a disciplina na matéria é incompleta, como por exemplo, no caso da previsão de distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 373, § 1º). Em ambos os casos, a aplicação somente poderá ser feita se não houver incompatibilidade com a disciplina própria do microssistema por isso, sempre deve ser considerada residual; por exemplo, não se aplicam ao microssistema da tutela coletiva as regras sobre honorários em ações de dano moral (art. 85, § 14 c/c art. 292, V, CPC) e sobre a antecipação dos honorários periciais na prova pericial (art. 91, CPC).” [grifos nossos] (DIDIER Jr, Fredie; ZANETI Jr., Hermes. “Curso de Direito Processual Civil. v. 4. 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2016. pp. 110/111)

Tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça não procedeu à superação do precedente, por qualquer das técnicas mencionadas, uma vez que o precedente não foi substituído por outro (*overruling*), tampouco teve seu âmbito de eficácia restringido (*overriding*).

Após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, aquela Corte Superior permanece aplicando o referido precedente vinculante. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO SUBMETIDO AO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS. ENCARGO DA FAZENDA PÚBLICA. ENTENDIMENTO FORMADO EM RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. 1.

Decorre o presente recurso de mandado de segurança impetrado contra decisão judicial que determinara à Fazenda do Estado de São Paulo o custeio referente ao adiantamento dos honorários periciais em sede ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face da Universidade de São Paulo.

2. A Primeira Seção desta Corte, em sede de julgamento recurso especial repetitivo, assentou o entendimento de que, em sede de ação civil pública promovida pelo Ministério Público, o adiantamento dos honorários periciais ficará a cargo da Fazenda Pública a que está vinculado o Parquet, pois não é cabível obrigar o perito a exercer seu ofício gratuitamente, tampouco transferir ao réu o encargo de financiar ações contra ele movidas (REsp 1253844/SC, de minha relatoria, DJe de 17/10/2013). Aplicação analógica da orientação da Súmula 232/STJ: “A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito”.

3. Ademais, “[n]ão se sustenta a tese de aplicação das disposições

Acesso ao Sumário

contidas no art. 91 do Novo CPC, as quais alteraram a responsabilidade pelo adiantamento dos honorários periciais; isto porque a Lei 7.347/1985 dispõe de regime especial de custas e despesas processuais, e, por conta de sua especialidade, referida norma se aplica à Ação Civil Pública, derrogadas, no caso concreto, as normas gerais do Código de Processo Civil" (RMS 55.476/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 19/12/2017).

4. Agravo interno não provido. (AgInt no RMS 56.454/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 20/06/2018)

AGRAVO INTERNO SUBMETIDO AO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. ADIANTAMENTO DOS HONORÁRIOS PERICIAIS. PROVA PERICIAL REQUERIDA TANTO PELO AUTOR DA AÇÃO CIVIL PÚBLICO COMO PELOS RÉUS.

1. A Primeira Seção desta Corte, em sede de julgamento recurso especial repetitivo, assentou o entendimento de que, em sede de ação civil pública promovida pelo Ministério Público, o adiantamento dos honorários periciais ficará a cargo da Fazenda Pública a que está vinculado o Parquet, pois não é cabível obrigar o perito a exercer seu ofício gratuitamente, tampouco transferir ao réu o encargo de financiar ações contra ele movidas (REsp 1253844/SC, de minha relatoria, DJe de 17/10/2013). 2. Aplicação analógica da orientação da Súmula 232/STJ: "A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito".

3. No caso, a produção de prova pericial foi requerida tanto pelo Ministério Público Federal como pelos demandados (incluindo a ora agravada), razão pela qual é de se determinar que a União (Fazenda Pública a que está vinculado o autor da ação civil pública) arque com parte do adiantamento dos honorários periciais, até porque não se mostra razoável imputar tal ônus somente aos particulares, nos termos da orientação acima referida.

4. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1702151/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 27/06/2018)

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. OS HONORÁRIOS PERICIAIS DEVEM SER CUSTEADOS PELA FAZENDA À QUAL O MINISTÉRIO PÚBLICO ESTÁ VINCULADO. APLICAÇÃO DO RECURSO REPETITIVO 1.253.844/SC. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 232/STJ. 1.

Acesso ao Sumário

Cuida-se de irresignação contra a decisão do Tribunal de origem que denegou a ordem em Mandado de Segurança, entendendo que o impetrante deve ser o responsável pelo pagamento do adiantamento dos salários periciais, haja vista ser a pessoa jurídica de direito público a que se vincula o MP, postulante da prova.

2. Não se sustenta a tese de aplicação das disposições contidas no art. 91 do Novo CPC, as quais alteraram a responsabilidade pelo adiantamento dos honorários periciais; isto porque a Lei 7.347/1985 dispõe de regime especial de custas e despesas processuais, e, por conta de sua especialidade, a referida norma se aplica à Ação Civil Pública, derrogadas, no caso concreto, as normas gerais do Código de Processo Civil.

3. O Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.253.844/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 17.10.2013, submetido à sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil, consignou que "não é possível se exigir do Ministério Público o adiantamento de honorários periciais em ações civis públicas.

Obtempera-se que não foi superado o entendimento firmado no retromencionado julgamento, tendo sido seguido por recentes julgados do STJ (AgInt no REsp 1.420.102/RS. Ministra Regina Helena Costa. Primeira Turma. DJe 30/3/2017) 4. Ocorre que a isenção conferida ao Ministério Público em relação ao adiantamento dos honorários periciais não pode obrigar que o perito exerça seu ofício gratuitamente. Dessa forma, considera- se aplicável, por analogia, a Súmula 232 do STJ, a determinar que a Fazenda Pública ao qual se acha vinculado o Parquet arque com tais despesas: "A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito".

5. Recurso ordinário a que se nega provimento. (RMS 55.476/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 19/12/2017)

De conseguinte, permanecendo estável a aplicação da tese jurídica fixada em recurso especial repetitivo, este Tribunal e os demais órgãos inferiores do Poder Judiciário não se encontram autorizados a aplicar a superação antecipada do precedente ("anticipatory overruling"), porquanto não há indicação pela Corte Superior de modificação de seu posicionamento.

Nessa trilha segue a jurisprudência deste Tribunal:

Mandado de segurança. Ação civil pública proposta pelo Ministério Público Estadual. Fase de cumprimento de sentença. Determinação de realização de perícia. Custeio e adiantamento dos honorários

Acesso ao Sumário

periciais, com responsabilização à Fazenda do Estado à qual vinculada o Ministério Público. Reclamo da Fazenda do Estado de São Paulo quanto à suposta ilegalidade da decisão impetrada. Ordem denegada. 1. A Lei Federal 7.347/85, no artigo 18, confere isenção ao Ministério Público relativamente à obrigação de adiantamento de honorários periciais, quando a prova técnica pericial a ser produzida for de seu interesse. Novo Código de Processo Civil, no artigo 91, não torna ineficaz essa regra, fixada em lei especial, nem transfere ao Ministério Público, enquanto órgão de estatura constitucional e dotado de autonomia organizacional e financeira, a responsabilidade pelo custeio dos honorários. Adiantamento que deve ser realizado pela Fazenda Pública Estadual a que vinculado o Ministério Público. Aplicação de entendimento fixado em Recurso repetitivo de controvérsia (REsp 1.253.844/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 17.10.2013). 2. Mandado de segurança denegado. (TJSP; Mandado de Segurança 2225039-25.2016.8.26.0000; Relator (a): Piva Rodrigues; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Praia Grande - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/11/2017; Data de Registro: 15/12/2017)

Mandado de segurança - Ação Civil Pública - Custeio de perícia - Decisão impugnada que carreou o ônus do adiantamento dos honorários periciais à Fazenda Pública - Pretensão de reforma - Impossibilidade - Não pode ser imputada ao Ministério Público a responsabilidade pelo adiantamento das custas, consoante artigo 18 da Lei nº 7.347/85 - Obrigação corretamente imposta à Fazenda Pública - Matéria pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça - Aplicação analógica da Súmula nº 232 do STJ. Decisão mantida. Segurança denegada. (TJSP; Mandado de Segurança 2260312-65.2016.8.26.0000; Relator (a): Marrey Uint; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro de Mirandópolis - 1ª Vara; Data do Julgamento: 19/09/2017; Data de Registro: 19/09/2017)

Agravo de Instrumento - Ação Civil Pública - Atribuição à Fazenda do Estado de honorários periciais relativos à prova requerida pelo Ministério Público - O custeio deve ser realizado pela Fazenda Pública a que está vinculado o Parquet - Aplicação analógica da Súmula nº 232 do STJ, conforme entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no recurso repetitivo Resp nº 1.253.844/SC - Recurso não provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2084930-24.2017.8.26.0000; Relator (a): Aliende Ribeiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro de Ribeirão Bonito - Vara Única; Data do Julgamento: 24/08/2017; Data de Registro: 24/08/2017)

Acesso ao Sumário

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - CUSTEIO DOS HONORÁRIOS PERICIAIS - PERÍCIA REQUERIDA PELO AUTOR - ENCARGO TRANSFERIDO À FAZENDA PÚBLICA - APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DA SÚMULA Nº 232 DO STJ - MATÉRIA EM ANÁLISE JÁ PACIFICADA NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS (ART. 543-C, § 7º, DO ANTIGO CPC/ART. 1.040, DO NCPC) - RECONHECIMENTO - RECURSO PROVIDO, COM OBSERVAÇÃO. Não havendo como impor ao perito nomeado o desenvolvimento de seu mister de forma gratuita, obrigando-o a aguardar o fim da demanda para receber o que lhe é devido, e tendo sido a perícia requerida por pelo autor, que, nos termos do artigo 18 da Lei nº 7.437/85 está isento do adiantamento do pagamento de honorários advocatícios, de rigor o reconhecimento de que, por força do cumprimento ao disposto no art. 1.040 do NCPC (art. 543-C, § 7º, do antigo CPC) e aplicando, em analogia, a Súmula nº 232 do STJ, a Fazenda Pública deve arcar com tais despesas, mormente porque tal matéria já se encontra pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, sob o rito dos recursos repetitivos, sendo de rigor, pois, o provimento recursal, com observação. (TJSP; Agravo de Instrumento 2158441-89.2016.8.26.0000; Relator (a): Paulo Ayrosa; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente; Foro de Bertioga - 1ª Vara; Data do Julgamento: 16/03/2017; Data de Registro: 19/03/2017)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Decisão interlocutória que inverteu o ônus da prova e atribuiu à requerida o encargo de arcar com os honorários periciais. Insurgência recursal da ré, aduzindo impossibilidade da inversão do ônus da prova **in casu** ***e responsabilidade do Parquet pelos honorários periciais. Com parcial razão. Inversão do ônus da prova em ação ambiental. Possibilidade, em razão da prova se dar também no interesse da requerida e em defesa do meio ambiente. Já a antecipação da remuneração do perito deve ser realizado por aquele que requereu a produção da prova pericial. No caso, se trata do Ministério Público. Custeio dos honorários periciais. Isenção concedida pela legislação especial ao Parquet. Encargo transferido à Fazenda Pública do Estado. Aplicação, por analogia, da Súmula nº 232 do STJ. Matéria em análise já pacificada no âmbito do STJ, sob o rito dos recursos repetitivos. Recurso parcialmente provido***. (TJSP; Agravo de Instrumento 2096574-61.2017.8.26.0000; Relator (a): Roberto Maia; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente; Foro de Capivari - 1ª Vara; Data do Julgamento: 09/08/2018; Data de Registro: 10/08/2018)

Acesso ao Sumário

Destarte, ausente direito líquido e certo da impetrante, é de rigor a denegação da segurança.

3. Nestes termos, denega-se a segurança.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2065974-91.2016.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante ANTONIO ROBERTO BOZOLA, é agravado MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n º 11.236)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente sem voto), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI e BURZA NETO.

São Paulo, 30 de agosto de 2018.

CARLOS VIOLANTE, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Execução fiscal. ISS de 2003 a 2005. Exceção de pré-executividade. Prescrição. Não ocorrência. Ação distribuída em 27/11/2007. Prescrição interrompida com o despacho ordenatório da citação (art. 174, parágrafo único, CTN). Eventual demora na citação da devedora atribuível à falha da Serventia Judicial. Súmula 106 do STJ. Prescrição afastada. Prosseguimento da execução. Recurso não provido.

VOTO

É agravo de instrumento contra a r. decisão de fls. 43/45 (fls. 54/58 deste agravo) que, no autos da execução fiscal, rejeitou a exceção de pré-executividade, afastando a prescrição e determinando o prosseguimento da execução.

O agravante alega a ocorrência da prescrição, por aplicação do art. 174 e incisos do CTN, na redação anterior à Lei Complementar nº 118/05, pois sua citação ocorreu somente em 24/09/2015 em relação aos créditos tributários

Acesso ao Sumário

dos anos de 2003 a 2005, não se aplicando a Súmula 106 do STJ. Requereu a reforma da decisão agravada com a extinção da execução.

Foi o recurso processado no efeito suspensivo, determinada a suspensão da execução fiscal até pronunciamento definitivo da Turma Julgadora (fls. 65).

O Município de São José do Rio Preto apresentou contraminuta aduzindo a não ocorrência da prescrição e a incidência da Súmula 106 do STJ, defendendo a manutenção do decisório com o não provimento ao recurso.

É o Relatório.

Trata-se, na origem, de execução fiscal em que o Município de São José do Rio Preto busca a satisfação de créditos relativos ao ISS Autônomo dos anos de 2003 a 2005, conforme CDA respectiva (fls. 21/24).

Após citação, o devedor opôs exceção de pré-executividade alegando a ocorrência da prescrição, que foi rejeitada, ensejando o presente agravo.

Distribuída a ação em 27/11/2007 (fls. 20), portanto na vigência da Lei Complementar nº 118/05 que alterou o art. 174, parágrafo único, I, do CTN, a prescrição foi interrompida com o despacho que ordenou a citação, proferido em 23/04/2008 (certidão fls. 25), retroagindo à data da propositura da ação (artigo 219, § 1º, do CPC/73, atual artigo 240, § 1º, do CPC/15).

Interrompida a prescrição com o despacho que ordena a citação, e transcorridos mais de cinco anos de inércia, consuma-se a prescrição intercorrente, que pode ser decretada de ofício (art. 487, II, do CPC e art. 40, § 4º, da Lei nº 6.830/80).

Contudo, no presente caso foi a execução fiscal distribuída dentro do prazo prescricional, e embora ordenada a citação em 23/04/2008, a carta citatória foi entregue ao exequente somente em 14/07/2015 (fls. 26/27). Logo, a demora na citação do devedor não pode ser imputada ao credor, mas ao mecanismo judicial nos exatos termos do enunciado da Súmula nº 106 do C. Superior Tribunal de Justiça:

> "Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência".
>
> Mesma regra está prevista no art. 240, § 3º, do CPC.

Note-se que retirada a carta citatória em 14/07/2015 (fls. 27), foi a diligencia providenciada pelo Município, efetivada a citação do devedor em 31/07/2015 (AR fls. 29), não havendo elementos que possam imputar ao exequente inércia apta a configurar a prescrição intercorrente.

Confiram-se os precedentes desta Colenda Câmara em casos análogos:

> Execução fiscal. IPTU. Exercícios de 2003 e 2004. Insurgência da Municipalidade exequente contra o decreto de prescrição intercorrente.

Acesso ao Sumário

Acolhimento. Paralisação do feito por longo período que se deu em virtude de falha da Serventia Judicial. Efetivação da penhora que não foi devidamente comunicada à Procuradoria Municipal. Descumprimento do disposto no artigo 25 da LEF. Aplicação da Súmula 106 do STJ que se impõe. Sentença reformada. Recurso provido (TJSP – 18ª C. Dir. Público – Ap 0502139-20.2006.8.26.0045 – Rel. Wanderley José Federighi – j. 19.10.2017).

Execução fiscal. ISSQN dos exercícios de 2005 e 2006. Prescrição intercorrente – inocorrência. Ausência de intimação pessoal do exequente acerca da citação, oportunidade em que os autos permaneceram paralisados por mais de 8 anos em cartório, até superveniência da sentença que reconheceu a prescrição do feito. Aplicabilidade da Súmula 106 do STJ – morosidade imputável ao judiciário. Reforma da sentença de rigor, com o prosseguimento do feito. Dá-se provimento ao recurso para determinar-se o prosseguimento da execução (TJSP – 18ª C. Dir. Público – Ap 0539052-30.2008.8.26.0045 – Rel. Beatriz Braga – j. 19.10.2017).

Execução Fiscal. IPTU dos exercícios de 2003 e 2004. Sentença que reconheceu a prescrição intercorrente e julgou extinta a execução, nos termos do art. 156, V, do CTN. Insurgência da Municipalidade. Acolhimento. Ação ajuizada em 18/08/2006 na vigência da LC 118/2005. Interrupção da prescrição que ocorreu com o despacho que ordenou a citação. Processo que permaneceu paralisado por falta de impulso oficial. Ausência de intimação pessoal da Fazenda Pública para se manifestar acerca do prosseguimento do feito. Inteligência dos artigos 7º e 25 da Lei 6.830/80 e da Súmula 106 do STJ. Recurso provido (TJSP – 18ª C. Dir. Público – Ap 0503042-55.2006.8.26.0045 – Rel. Ricardo Chimenti – j. 19.10.2017).

Execução Fiscal. IPTU. Exercício de 1998 a 2001. Ajuizamento da ação antes à LC 118/2005. Citação não comprovada. Hipótese em que não foi providenciado o andamento do processo pela serventia. Dever do Ofício Judicial desatendido. Art. 141, II, do CPC. Desídia da exequente não configurada. Vulneração do art. 262 do CPC. Aplicação da Súmula 106 do C. STJ. Prescrição afastada. Recurso provido (TJSP – 18ª C. Dir. Público – Ap 0012446-32.2002.8.26.0045 – Rel. Burza Neto – j. 28.09.2017).

Acesso ao Sumário

Assim, distribuída a execução fiscal dentro do quinquídio legal contado da constituição definitiva do crédito tributário, e não caracterizada a inércia do exequente a configurar a prescrição intercorrente, há de se manter o afastamento da prescrição.

Para fins de acesso às Instâncias Superiores, considero prequestionada toda a matéria debatida, relativa à Constituição e à Lei Federal, desnecessária a menção

específica a cada um dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais invocados e pertinentes aos temas em discussão.

Ante o exposto, pelo meu voto, NEGO PROVIMENTO ao recurso, mantida a r. decisão recorrida, prosseguindo-se a execução.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2155988-53.2018.8.26.0000, da Comarca de Jaboticabal, em que é agravante MUNICÍPIO DE JABOTICABAL, é agravado EUCLIDES MOURA DA SILVA.

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 32.491)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VERA ANGRISANI (Presidente), LUCIANA BRESCIANI e CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI.

São Paulo, 11 de setembro de 2018.

VERA ANGRISANI, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Responsabilidade civil do Estado. Erro médico. Inversão do ônus da causa com base no Código de Defesa do Consumidor. Impossibilidade. Em se tratando de serviço público de saúde ofertado à população, sem contraprestação pecuniária, não há de se cogitar em relação consumerista. Inteligência dos arts. 2º e 3º, do CDC. Não havendo a inversão do ônus da prova, permanecia a regra tradicional do Código de Processo Civil (artigo 373, inciso I), que confere à autora o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito. Decisão reformada. Recurso conhecido e provido.

VOTO

I- Trata-se de agravo de instrumento tirado pelo **MUNICÍPIO DE JABOTICABAL** da r. decisão que, em sede de ação indenizatória ajuizada por

EUCLIDES MOURA DA SILVA determinou a inversão do ônus da prova e a realização de prova pericial.

O Agravante se bate contra a inversão do ônus da prova consubstanciada nas normas do código consumerista, por contrariar as disposições legais vigentes e o entendimento jurisprudencial pacificado nos tribunais superiores, causando inegável prejuízo ao agravante e afronta ao princípio do devido processo legal. Pugna que seja dado provimento ao presente Agravo, decidindo-se, pela reforma da decisão de fls. 238/239 dos autos de origem, na parte que determinou a inversão do ônus da prova.

O recurso é tempestivo, dispensadas as informações e resposta por serem desnecessárias. Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

II- O recurso deve ser conhecido e provido.

Bem examinados os autos, trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais por suposto erro médico em face da Municipalidade.

Muito embora na petição inicial tenha a parte pleiteado a inversão do ônus da prova, não é possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Ocorre que é inadmissível a aplicação subsidiária da legislação consumerista ao caso, posto que o serviço público de saúde, prestado no âmbito do SUS, se dá a título *uti universi* uma vez que é prestado indiscriminadamente a todos os seus usuários, independentemente de qualquer contraprestação pecuniária.

O Código de Defesa do Consumidor, em seus arts. 2º e 3º, e seus parágrafos, definem o âmbito de sua aplicação, ao assim dispor:

> "Art. 2° - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.
>
> Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.
>
> Art. 3° - Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.
>
> § 1° Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.
>
> § 2° **Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração**, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista." (n.g.).

De acordo com o § 2.º, do artigo 3º, do CDC o conceito de "serviço" pressupõe, para a sua configuração, necessariamente, que a atividade seja

Acesso ao Sumário

prestada mediante remuneração direta, o que não ocorre no caso vertente. Assim, é inaplicável analogicamente a inversão do ônus probatório com base no artigo 6º, inciso VIII, do CDC.

Ainda, o serviço público de saúde, com base, inclusive, no artigo 196 da Constituição Federal, não tem pagamento de contraprestação pecuniária pelo atendimento, motivo pelo qual não se configura a relação de consumo, o que afasta a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Neste sentido, os precedentes deste Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. REPARAÇÃO DE DANOS. INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. HIPOSSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CHAMAMENTO AO PROCESSO. INADMISSIBILIDADE. 1. O conceito de serviço previsto no art. 3.º do CDC exige para a sua configuração que a atividade seja prestada mediante remuneração. Serviço prestado por meio de convênio com o SUS. Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. 2. Inversão do ônus da prova. Hipossuficiência probatória da paciente. Hipótese do art. 373, § 1.º, CPC. 3. Prestação de serviço público de saúde. Responsabilidade solidária dos entes federados. Chamamento ao processo. Inadmissibilidade. Decisão mantida. Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento n.º 2132112-06.2017.8.26.0000 Leme 9.ª Câmara de Direito Público Relator: Décio Notarangeli j. 28.02.2018).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação indenizatória. Erro médico. Inversão do ônus da prova com base no Código de Defesa do Consumidor. Descabimento. Código consumerista que não se aplica quando se trata de serviço público de saúde prestado pelo SUS. Inteligência dos arts. 2.º e 3.º, do CDC. Precedentes jurisprudenciais. Ademais, caso que não configura hipótese de hipossuficiência técnica ou jurídica que justifique a inversão do ônus da prova. Possibilidade de produção da prova pela parte interessada, sem imposição de ônus excessivo (art. 373, § 1.º, NCPC). Recurso provido." (Agravo de Instrumento n.º 2204427-32.2017.8.26.0000 Leme 6.ª Câmara de Direito Público Relatora: Sílvia Meirelles j. 11.12.2017).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Conhecimento do recurso. Possibilidade. Inteligência do artigo 1.015, XI, do Código de Processo Civil. Saúde. Autora portadora de síndrome de Melkersson-Rosenthal. Tratamento realizado no Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. Alegação de tratamento inadequado e pedido de indenização por danos morais. Inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6.º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Impossibilidade. Prestação de serviço público não sujeita ao recolhimento de tarifa. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. Solução que não impede a distribuição

Acesso ao Sumário

dinâmica do ônus da prova, prevista no artigo 373, § 1.º, do Código de Processo Civil. Realização de prova pericial na forma como requerida pela autora. Decisão que afastou a aplicação da regra estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor. Manutenção. Recurso não provido. (Agravo de Instrumento n.º 2121022-98.2017.8.26.0000 São Paulo 10.ª Câmara de Direito Público Relator: Paulo Galizia j. 23.10.2017).

Nessa linha de raciocínio, é inaplicável a inversão do ônus da prova com fundamento no artigo 6.º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Ora, sendo descabida a inversão pleiteada, a regra na sistemática processual brasileira é a distribuição estática do ônus probatório: ao autor incumbe provar o fato constitutivo de seu direito, e, ao réu a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito daquele (art. 373, I e II, do CPC).

Porém, em casos específicos, o ordenamento jurídico prevê a distribuição dinâmica do ônus da prova, o que, primeiramente se deu na seara consumerista (art. 6º, VIII, do CDC), e, recentemente, no novo Código de Processo Civil (art. 373, §§ 1º, 2º e 3º, do CPC).

Por fim, anote-se que a perícia pode ser realizada pelos IMESC, arcando as rés com o transporte do autor para realização da perícia e efetivando a juntada dos documentos e de seus prontuários.

Isto posto, o **recurso é conhecido e provido.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2187246-18.2017.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante MUNICÍPIO DE GUARULHOS e é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.776)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 1º de outubro de 2018.

MARCELO MARTINS BERTHE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

MEIO AMBIENTE. DEFERIMENTO DE TUTELA ANTECIPADA. 1. IMPEDIMENTO DE REALIZAÇÃO DE NOVAS CONSTRUÇÕES E CADASTRAMENTO DE FAMÍLIAS. ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. RISCO DE DESLIZAMENTO. PROXIMIDADE DE CURSO D'ÁGUA. Medida liminar para imediato cadastramento de famílias que residem em área de risco e fiscalização para que se impeça a realização de novas construções, com base em Laudo de avaliação elaborado pelo Serviço Geológico do Brasil que mapeou e definiu áreas de perigo. *Periculum in mora* e *Fumus Boni Iuris* demonstrados. Situação emergencial caracterizada indicando risco à vida dos habitantes. 2. PRAZO. Prazo de 120 dias que se mostra razoável e proporcional com a demanda. 3. MULTA DIÁRIA. Valor fixados dentro dos parâmetros da razoabilidade. 4. Decisão mantida. Recurso desprovido

VOTO

Tratam os autos de recurso de agravo de instrumento extraído da Ação Civil Pública nº 1032373-84.2017.8.26.0224, interposto contra a r. decisão de fls. 182/183, proferida pelo **MM. Juiz 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Guarulhos**, que deferiu parcialmente a antecipação da tutela para que a Municipalidade de Guarulhos providencie todo o necessário para impedir que novas construções fossem erigidas na área de risco, bem como que cadastre as famílias que ali vivem em 120 (cento e vinte) dias, sob pena de multa diária de R$ 500,00.

A Municipalidade interpôs recurso sustentado, em síntese, que a tutela foi deferida sem lastro probatório mínimo, que o prazo é exíguo e a multa excessiva.

Não foram apresentadas as contrarrazões.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

O Órgão Ministerial, nos autos da Ação Civil Pública, lastreia a presença do *periculum in mora* e *fumus boni iuris* em Relatório Técnico realizado pelo Serviço Geológico do Brasil, sustentando ser a remoção das famílias do local medida imprescindível a garantir a segurança das pessoas que fixaram suas moradias nas margens de córrego com risco de deslizamento e solapamento.

Neste passo, o relatório técnico acostado aos autos demonstra a presença de moradias em situação de risco iminente a autorizar a providência das medidas

Acesso ao Sumário

mitigadoras de risco.

Assim, em sede de cognição sumária, apresenta-se razoável a pretensão liminar de impedimento de construir novos imóveis, bem como de cadastrar as famílias que ali residem, seja pela presença da situação de urgência ou pela impossibilidade de adoção de medida diversa pela Municipalidade a mitigar os riscos e recompor eventual dano ambiental, no prazo estipulado na r. decisão, que foi razoável.

Por fim, no tocante à multa cominatória, entende-se que foi patamar razoável, de modo que deve ser mantida.

Por tais razões, a r. decisão não comporta reforma, devendo ser integralmente 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 constitucional deduzida nos autos, sendo desnecessária a citação numérica de todos os dispositivos mencionados (STJ – EDcl no Resp 1662728/RS, Rel. Min. Herman Benjamim, Segunda Turma, DJe 02.08.2018).

Na hipótese de interposição ou oposição de qualquer recurso, incidental ou não, relacionado ao processo n° 1032373-84.2017.8.26.0224, onde há prevenção desta relatoria, ficam as partes intimadas e cientificadas, a partir da publicação desta decisão, que devem manifestar expressamente, na petição de interposição ou razões recursais, se se opõem à forma de julgamento virtual, nos termos da Resolução 549/11 do C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, alertando que no silêncio o julgamento do recurso na forma virtual ou física ficará a critério do relator.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2149031-36.2018.8.26.0000, da Comarca de São Vicente, em que é agravante MUNICÍPIO DE SÃO VICENTE, é agravado COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DE SÃO PAULO CDHU.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Por maioria de votos, negaram provimento ao recurso, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.166)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVA RUSSO (Presidente sem voto), RAUL DE FELICE e ERBETTA FILHO.

São Paulo, 2 de outubro de 2018.

EUTÁLIO PORTO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução fiscal – IPTU do exercício de 2013 – Exceção de Pré-executividade acolhida. 1) Imunidade tributária – Não gozam as empresas públicas e sociedades de economia mista de privilégios fiscais não extensivos ao setor privado, de sorte que, estando a CDHU inserida nesta condição, sua natureza jurídica denuncia sua condição de contribuinte, não podendo se utilizar da imunidade sob o argumento de ter sua atividade vinculada ao Estado – Decisão reformada nesse ponto. 2) Isenção tributária – LCM nº 558/2008, que concedeu isenção à CDHU enquanto o imóvel estiver em seu nome – Cobrança indevida. 3) Sucumbência recursal – Honorários advocatícios fixados em 10% do valor cobrado (R$ 1.357,84, em abril de 2017) – Verba majorada para 20% – Inteligência do § 11 do art. 85 do CPC – Decisão mantida – Recurso improvido.

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo MUNICÍPIO DE SÃO VICENTE em face de CDHU - COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO, objetivando a reforma da decisão de fls. 131/132, proferida pelo MM. Juiz Fabio Francisco Taborda, que acolheu a exceção de pré-executividade oposta pela CDHU para excluí-la do polo passivo da execução, reconhecendo sua ilegitimidade passiva, determinando o prosseguimento da execução somente em relação à coexecutada. Sucumbente a Municipalidade foi condenada ao reembolso das custas adiantadas pela excipiente e ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% do valor cobrado.

Sustenta o agravante que o benefício da imunidade recíproca não se aplica às sociedades de economia mista. Alega que a CDHU não requereu administrativamente o reconhecimento da isenção tributária e que referido benefício se restringe ao período de construção do empreendimento.

Tempestivo e isento de preparo, o recurso foi processado às fls. 140.

Acesso ao Sumário

A CDHU apresentou contraminuta às fls. 142/167.

Este é, em síntese, o relatório.

VOTO

O recurso não merece ser provido.

Trata-se de execução fiscal para a cobrança de IPTU do exercício de 2013, no valor de R$ 1.357,84, ajuizada em face da COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DE SÃO PAULO - CDHU e de CRISTINA DA SILVA CORREIA.

1) Da imunidade

A agravada é sociedade de economia mista e como tal sujeita ao regime jurídico de direito privado, diante do que não há que se falar em sujeição ao benefício constitucional da imunidade recíproca.

Embora seu capital seja majoritariamente público, não deixa de ser pessoa jurídica de direito privado e regida por normas de direito privado.

Senão por isso, a CDHU, a despeito da constituição de seu capital social encontrar-se vinculado ao Estado de São Paulo, no entanto, suas atividades não caracterizam uma exclusividade cujo exercício seja imanente ao próprio ente que a criou, pois seu objeto, não obstante dirija-se ao atendimento de projetos habitacionais populares e à promoção do desenvolvimento urbano no Estado, confronta com outras empresas do setor privado e, por isso, conceder a esta a imunidade viola o princípio da isonomia e da livre concorrência e, assim sendo, a aplicação do art. 173, § 2º, da CF é de rigor.

A regra insculpida no art. 173, § 2º, da Constituição Federal é clara ao colocar a empresa pública e a sociedade de economia mista na mesma condição das empresas privadas, não havendo privilégio que seja deferido a um e que não seja extensivo à outra.

Assim, não importa a forma como desenvolve sua atividade, pois, sua natureza jurídica denuncia sua condição de contribuinte, não podendo se escorar no instituto da imunidade, posto que os imóveis encontram-se cadastrados em seu nome e, na forma do art. 34 do CTN, atrai para si a condição de contribuinte.

De rigor, então a reforma da decisão agravada nesse aspecto, afastando-se a alegação de imunidade.

2) Da isenção tributária

Ultrapassada a questão da imunidade, cabe examinar a responsabilidade tributária à luz da Lei Complementar Municipal nº 558/2008, estabelece:

> **Art. 1.º** - Fica o Poder Executivo autorizado a conceder incentivos, visando à implantação de conjuntos habitacionais e loteamentos de interesse social de iniciativa dos Governos Federal, Estadual e Municipal. (...)

§ 3.º - Serão alcançados com os benefícios previstos nesta Lei Complementar os empreendimentos do PAR - Programa de Arrendamento Residencial; da CDHU - Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo; da COHAB SANTISTA - Companhia de Habitação da Baixada Santista, PAC - Programa de Aceleração do Crescimento; Programa Minha Casa Minha Vida - PMCMV, do Governo Federal, e demais empresas estatais de economia mista e autarquias que realizem tais empreendimentos aos entes federativos, desde que atendam aos requisitos elencados nos artigos seguintes.

(...)

Art. 2.º - Os empreendimentos citados no art. 1.º ficam isentos dos seguintes tributos:

I - IPTU - Imposto Predial e Territorial Urbano, enquanto o imóvel estiver em nome dos órgãos mencionados no artigo primeiro e durante o período de construção do empreendimento;

Com isso, observa-se que o Município mediante lei concedeu isenção de IPTU à CDHU enquanto o imóvel estiver em seu nome, bem como durante o período de construção do empreendimento.

Desse modo, considerando que o imóvel ainda está sob a titularidade da CDHU, afasta-se sua responsabilidade tributária.

Nesse sentido, o seguinte julgado desta C. 15ª Câmara de Direito Público, em caso análogo, envolvendo as mesmas partes, conforme ementa que segue transcrita:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Exceção de pré-executividade em execução fiscal - Município de São Vicente - IPTU do exercício de 2013 - Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo - CDHU - Ente privado do tipo sociedade de economia mista - Não existência de imunidade recíproca - Lei Municipal nº 558/2008 que concede isenção tributária aos empreendimentos pertencentes à CDHU - Preenchimento dos requisitos ensejadores do benefício - Recurso não provido.

(Agravo de Instrumento nº 2042640-57.2018.8.26.0000, 15ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Raul De Felice, j. 19/04/2018).

Por fim, anote-se que a ausência de pedido administrativo formulado pela agravada para a concessão da isenção tributária não obsta o reconhecimento do benefício na presente ação, posto que não há necessidade do prévio esgotamento da via administrativa para socorrer-se da via judicial.

Em razão da sucumbência recursal da agravante e tendo em vista o que dispõe o novo Código de Processo Civil, notadamente no § 11 do Art. 85, os honorários advocatícios fixados pelo Juízo *a quo* em 10% do valor cobrado (R$

Acesso ao Sumário

1.357,84, em abril de 2017) são majorados para 20%.

Face ao exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2062095-08.2018.8.26.0000, da Comarca de Jaguariúna, em que são agravantes AZUL EMPREENDIMENTOS CASAS LTDA., URIKASA EMPREENDIMENTOS LTDA. e AAM2 COMÉRCIO E PINTURAS PREDIAIS EIRELI-ME, é agravado DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE TRIBUTOS DO MUNICÍPIO DE JAGUARIÚNA.

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 33.862)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SILVA RUSSO (Presidente) e RODRIGUES DE AGUIAR.

São Paulo, 2 de outubro de 2018.

ERBETTA FILHO, Relator

Ementa: LIMINAR – Mandado de Segurança – ITBI – Município de Jaguariúna – Insurgência contra decisão que indeferiu a medida para autorizar o recolhimento do tributo calculado com base no valor da arrematação e sem imposição de penalidades por descumprimento de prazo fixado na legislação local – Possibilidade – Atendimento dos requisitos para a concessão da medida pretendida – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de decisão que, nos autos do mandado de segurança impetrado pelas recorrentes, indeferiu a liminar por não entender presentes os requisitos ensejadores da concessão. Insistem na reforma da decisão, nesse sentido expondo, em síntese: a autoridade coatora, ao estabelecer como base de cálculo do ITBI o valor da avaliação do imóvel, afrontou entendimento pacífico da jurisprudência; de igual modo, a assinatura do auto de arrematação não pode ser considerada como fato gerador do tributo, pois a incidência do ITBI ocorre

apenas no momento do registro do título aquisitivo, razão pela qual devem as agravantes ser isentadas da cobrança de juros, multa e correção monetária.

Regularmente processado e contraminutado.

A d. Procuradoria de Justiça deixou de se manifestar.

É o relatório.

Comporta acolhida o recurso.

O douto Juiz de Direito de origem indeferiu o pedido liminar do mandado de segurança diante da ausência de direito líquido e certo demonstrável de plano apto a afastar os encargos e penalidades decorrentes do não recolhimento do tributo na data legalmente prevista.

Conquanto não caiba, por razões óbvias, adiantar o que quer que se pareça com um pronunciamento definitivo em torno do mérito da questão de direito que se coloca, é possível concluir-se pelo cabimento da liminar pretendida, a partir da aferição provisória da verossimilhança das alegações dos agravantes.

Ora, segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a base de cálculo do ITBI deve corresponder ao preço pelo qual o bem foi arrematado. Menciona- se nesse sentido, apenas para exemplificar, o julgamento do AgRg no AREsp nº 155.019/MG (1ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, v.u., DJe de 08/04/2014), de cuja ementa se extrai:

"TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS. INCIDÊNCIA SOBRE BEM ARREMATADO EM HASTA PÚBLICA. BASE DE CÁLCULO. O entendimento de ambas as Turmas da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a base de cálculo do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis – ITBI – incidente sobre bens arrematados em hasta pública é o valor da arrematação. Agravo regimental desprovido".

De outra banda, descabida a incidência dos encargos e penalidades pelo não recolhimento do tributo na data estipulada pela Municipalidade.

Conforme expressa dicção do art. 35, inciso I, do Código Tributário Nacional, o ITBI tem como fato gerador a transmissão da propriedade imobiliária. A antecipação do recolhimento do referido tributo, sem a devida transmissão do bem imóvel, a teor do art. 1.245 do Código Civil, com a imposição de juros e demais encargos por descumprimento do prazo fixado no art. 99, inciso II, do Código Tributário Municipal de Jaguariúna, extrapola a lógica do sistema tributário nacional, simplesmente por inexistir fato gerador da obrigação tributária.

Por último, vislumbra-se também o perigo de ineficácia da medida, tendo-se em conta a presente submissão do exercício do direito de propriedade a condições onerosas.

Destarte, até que a controvérsia mereça um exame mais aprofundado à

Acesso ao Sumário

luz do que se apurar com o desenvolvimento pleno do contraditório, deve ter lugar o deferimento da medida postulada pelos agravantes. Reforma-se, para esse fim, então, a decisão agravada.

Na conformidade do exposto, em suma, e para o fim acima explicitado, meu voto propõe dar provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2164234-38.2018.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Pardo, em que é agravante CÁSSIA DOS REIS FERNANDES, é agravado SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8.040/2018)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BANDEIRA LINS (Presidente sem voto), JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR e PAULO DIMAS MASCARETTI.

São Paulo, 9 de outubro de 2018.

ANTONIO CELSO FARIA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. Ação de cobrança. Pensionista de servidor público estadual (policial militar). Decisão agravada que indeferiu o requerimento de gratuidade da justiça. Agravante que recebe, em média, o valor líquido, a título de remuneração e pensão, pouco mais que três salários mínimos. Presunção de hipossuficiência demonstrada em virtude do conjunto probatório, resguardada a possibilidade de impugnação ao estado de miserabilidade jurídica à

parte contrária. Decisão reformada. RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

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

88/89 dos autos originários que indeferiu o requerimento da gratuidade da justiça, determinando o recolhimento das custas no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de cancelamento da distribuição.

A agravante sustenta, em apertada síntese, que não possui condições de arcar com as custas do processo sem prejuízo de seu sustento. Apresentou holerites de seus vencimentos demonstrando que recebe valor líquido mensal de R$1.099,40, e pensão por morte do ex-companheiro no valor de R$1.982,76. Requer a atribuição de efeito suspensivo ao recurso e pede, ao final, que seja dado provimento ao agravo, no sentido de deferir a gratuidade da justiça.

Recurso processado com a concessão do efeito suspensivo (fls.105/106).

Dispensada a contraminuta devido a não ter sido integrada a SPPrev ao polo passivo da relação processual.

É o relatório.

Conhece-se do agravo, embora não recolhido o preparo do recurso pela agravante (art. 99, § 7º, do CPC de 2015).

Cuida-se de AÇÃO REVISIONAL DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO CUMULADA COM PERCEPÇÃO DE VALORES EM ATRASO proposta por CÁSSIA DOS REIS FERNANDES em face de SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV, requerendo a condenação da ré a "*revisar o valor do benefício previdenciário recebido pela autora, o majorando para valor integral (100%) da pensão por morte do Sr. Sebastião Cândido de Oliveira, em razão da exclusiva dependência econômica existente entre a autora e o falecido, condenando a requerida ainda no pagamento dos reajustes dos benefícios em atraso, desde à época do falecimento*" (fls. 01/10 dos autos originais).

Sobreveio a r. decisão do MM. Juízo *a quo* que indeferiu a gratuidade da justiça.

Pois bem.

Não se pode olvidar que a assistência jurídica integral aos necessitados, garantia de dignidade constitucional, tem por desiderato possibilitar o acesso à Justiça ao economicamente hipossuficiente, sendo de rigor a observância dos preceitos legais afirmativos dessa franquia democrática (STJ, Recurso Especial 245663/MG. Diário da Justiça de 20/03/2000, p. 0137).

Segundo Vicente Greco Filho, "*em geral, gozarão do referido favor os pobres no sentido jurídico do termo, isto é, aqueles cuja situação econômica não lhes permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado sem prejuízo do sustento próprio e da família*"[1] .

A gratuidade da justiça deve ser examinada caso a caso, não podendo ser deferida indistintamente, sob pena de inviabilidade do sistema judicial. Como,

1 Vicente Greco Filho. Direito Processual Civil Brasileiro. Vol. 1º., p. 100, Ed. Saraiva, 5ª.ed.

aliás, sustenta Vicente Greco Filho, "*uma justiça ideal deveria ser gratuita*"[2].

Há necessidade de comprovação da hipossuficiência, exatamente porque a prestação jurisdicional implica sempre em despesas e custos que não podem ser desconsiderados pelo Poder Judiciário, pelas partes e pelos advogados. A concessão indiferente de justiça gratuita gera também grave ofensa ao princípio da isonomia, pois, a imensa maioria recolhe as custas judiciais.

Ademais, "*a presunção relativa de veracidade da declaração de pobreza do requerente da assistência judiciária gratuita pode ser afastada por demonstração da parte contrária ou de ofício pelo Juízo, em decisão fundamentada*" (STJ, Agravo de REsp nº 607.589 - SP (2014/0261276-0; Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti; Data da publicação: 26/03/2015).

No caso, em que pese o entendimento do MM. Juízo *a quo*, existem indícios que indicam que a autora faz jus ao benefício da gratuidade da justiça, conforme preleciona o art. 99, § 2º do CPC/2015. Os demonstrativos de pagamento juntados às fls. 38/43 revelam que a autora recebe, a título de vencimentos líquidos mensais, R$1.099,40, e pensão por morte no valor de R$1.982,76. Além disso, pela Declaração de Imposto de Renda, o total de rendimentos tributáveis não chegou a R$40.000,00 (fls. 47/52).

Anote-se que o valor líquido médio recebido pela agravante pouco supera o limite de três salários mínimos. Desse modo, por ora, considera-se comprovada a necessidade econômica da recorrente, no sentido de que não possui condições de arcar com as custas processuais sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Nesse sentido, já se manifestou este E. Tribunal de Justiça:

Agravo de Instrumento – Processual Civil – Réu em Ação Civil Pública que pleiteia o benefício da gratuidade da Justiça – Benefício indeferido pelo Magistrado "a quo" - Recurso manejado pelo requerido – 1. No caso dos autos, o requerido percebe vencimentos médios de R$ 3.500,00 e seu genitor não mais que R$ 2.500,00 o que somado à circunstância de ambos estarem em tratamento médico de câncer afora outras despesas corriqueiras permite concluir que, efetivamente, não ostenta o requerido situação financeira capaz de fazer frente aos custos do processo, em especial dos honorários periciais de mais de R$ 15.000,00 sem prejuízo de seu sustento próprio e de sua família. 2. Situação de hipossuficiência caracterizada impondo a concessão do benefício – Inteligência dos arts. 98 e seguintes do novo CPC Precedentes da Corte e do C. STJ. Decisão reformada – Recurso provido.

(Agravo de Instrumento nº 2128632-54.2016.8.26.0000; Relator(a): Sidney Romano dos Reis; Comarca: Guarujá; Órgão julgador: 6ª Câmara

Acesso ao Sumário

2 Ob. Cit., p. 100.

de Direito Público; Data do julgamento: 12/09/2016; Data de registro: 14/09/2016).

Entretanto, cumpre observar que fica resguardado à parte contrária o direito de fazer prova no sentido de que não mais subsiste o estado de hipossuficiência financeira, passando o autor a ter renda suficiente para arcar com os custos da demanda, podendo impugnar o estado de miserabilidade jurídica afirmado, nos termos do art. 100, *caput*, do CPC/2015.

Por ora, as informações colacionadas pelo agravante são satisfatórias para a configuração da hipossuficiência alegada, atendendo-se ao disposto no art. 98 do Código de Processo Civil e ao art. 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal, justificando-se a concessão da gratuidade.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2180790-18.2018.8.26.0000, da Comarca de Porto Ferreira, em que é agravante MUNICÍPIO DE PORTO FERREIRA, é agravado ENIO DA COSTA MARQUES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.235)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVA RUSSO (Presidente), RODRIGUES DE AGUIAR e EUTÁLIO PORTO.

São Paulo, 16 de outubro 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.

Acesso ao Sumário

decisão de fl. 05 (dos autos de origem) que, nos autos da ação de execução fiscal movida contra o agravado - com vistas ao recebimento de créditos tributários - determinou o recolhimento 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 a pretendida 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, por cópia às fls. 05, 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.*

Acesso ao Sumário

DESNECESSIDADE. ART. 39, DA LEI Nº 6.830/80. ART. 27, DO CPC. DIFERENÇAS ENTRE OS CONCEITOS DE CUSTAS E DESPESAS 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

Acesso ao Sumário

pagamento a Fazenda está dispensada, por força do art. 39 da Lei 6.830/80. Não se confunde com despesas processuais, tais como os 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.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, para os fins supra, dá-se provimento ao presente recurso de agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0031717-06.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante JOSEFA BARBOSA DE JESUS, é agravado PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.793)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente), MAGALHÃES COELHO e EDUARDO GOUVÊA.

São Paulo, 19 de outubro de 2018.

COIMBRA SCHMIDT, Relator

Ementa: ADMINISTRATIVO. Reintegração de posse de imóvel localizado em área de proteção ambiental, de risco. Deferimento de liminar condicionado à concessão de benefício habitacional. Pretensão à revogação da liminar. Inadmissibilidade. Ordem correta e prudente, emitida ante as condições físicas do local, cercada das cautelas pertinentes à sua execução. Decisão mantida. Recurso não provido.

VOTO

Tempestivo agravo de instrumento tirado do termo de audiência de justificação de f. 60/1 da ação originária, que deferiu em parte a liminar *para conceder a reintegração, desde que a Municipalidade cumpra a Portaria 323 e anteriormente à reintegração defina a alternativa de compra de moradia ou auxílio-aluguel, estabelecidos na referida portaria, antecipadamente à retirada dos moradores.*

Bate-se pela revogação parcial da medida, afastando-se, sob qualquer hipótese, a reintegração de posse já deferida (f. 1/9).

Contraminuta a f. 14/8.

É o relatório.

Assim dispôs a decisão agravada, a f. 60 da ação principal, no que interessa:

> A reintegração imediata da posse somente se justifica se a alegação da Municipalidade, de que há risco iminente, for procedente, o que leva à aplicação da Portaria SEHAB 323/2010.
>
> Ainda assim, passados alguns anos sem a iniciativa judicial, é plausível que se conceda prazo razoável à retirada dos moradores que devem se organizar para tanto. De outra parte, a Municipalidade deve entender-se competente para evitar nova invasão da área, sem o que esta medida seria absolutamente inócua. (...)

Com acerto.

Acesso ao Sumário

No caso não cabe invocar a alegação de domínio – matéria a ser objeto de discussão no bojo do contraditório, pois a razão da evacuação consiste no fato de a área em que assentado o imóvel oferece risco geológico (ainda que baixo), sendo de preservação permanente, nos termos do relatório de f. 29 e ss. Ante isso, é irrelevante ao desate a alegação de necessidade de prévia oitiva dos afetados. Que, ainda que de forma breve, tiveram oportunidade de se manifestar na audiência de conciliação.

A decisão, ademais, teve o cuidado de não deixar os prejudicados ao léu, como de seus termos se extrai; prestigiada, no ponto, por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 2136590-23.2018.8.26.0000, em 13 de setembro último:

> O julgado deve ser mantido, por seu turno, de acordo com o ordenamento jurídico positivo, porquanto os atos normativos aduzidos não podem ser lidos isoladamente.
>
> Subordina-se a antecipação da tutela jurisdicional à presença dos elementos fumus boni juris e periculum in mora. Isto é, além da fundamentação jurídica apta a dar verossimilhança ao alegado, impõe-se, também, a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação.
>
> É fato incontroverso que a retirada dos moradores, que habitam em condições precárias, impõe maiores cuidados, sob risco de supressão do próprio direito à moradia. Constatação que, diga- se, bastaria para manter a decisão combatida.
>
> Mas não é só. Não se pode olvidar que a Lei nº 10.257/01, também chamada de "Estatuto da Cidade", prevê medidas concretas para mitigação dos problemas sociais irradiados da proliferação de favelas e sub-habitações nos núcleos urbanos.
>
> Nas normas que encerra igualmente há de ser encontrada solução para o problema. Estabelece o seu artigo 4º, § 3º, que inúmeros instrumentos, entre eles: *diretrizes orçamentárias; gestão orçamentária participativa; planos, programas e projetos setoriais; planos de desenvolvimento econômico e social; assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos (art. 4º, III, e, f, g, h, e V, r); demandam dispêndio de recursos por parte do Poder Público municipal, devem ser objeto de controle social, garantida a participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil.*
>
> Diretrizes internacionais, além disso, prestigiam, ainda mais, a decisão atacada.
>
> Ante o que estabelece o "Pacto de San Jose", é imprescindível que, à ação da mão pesada do estado, preceda-se uma motivação mínima, irradiada do dever de motivação, indicação dos motivos e da forma que se dá o ato de reintegração.
>
> O Comentário Geral nº 7 do Comitê de Direitos Econômicos,

Acesso ao Sumário

Sociais e Culturais da ONU, outrossim, alude ao "direito a uma moradia adequada", nos termos do Pacto Internacional sobre Direitos Sociais e Culturais. (gm)

Posto isso, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2078907-28.2018.8.26.0000, da Comarca de Osasco, em que é agravante AURI RODRIGUES DE SOUZA SILVA, é agravado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.906)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SOUZA NERY (Presidente) e OSVALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 18 de setembro de 2018.

SOUZA MEIRELLES, Relator

Ementa: Agravo de instrumento – tutela provisória para suspensão de exigibilidade e sustação de protesto – débito relativo a IPVA de veículo vendido a terceiro – probabilidade do direito invocado com fulcro no recente julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0055543-95.2017.8.26.0000, na qual o C. Órgão Especial deste E. Tribunal declarou a incompatibilidade da regra do art. 6º, inciso II, da Lei Estadual nº 13.296/2008 – perigo de dano evidente em razão os gravames decorrentes dos protestos promovidos – requisitos para a concessão da tutela provisória atendidos – reforma da decisão de origem – Recurso provido.

VOTO

Agravo de instrumento manejado por **Auri Rodrigues de Sousa Silva** nos autos do processo pelo rito ordinário ajuizado em face de **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**, em trâmite perante a 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Osasco, cujo pedido de tutela provisória foi indeferido.

Acesso ao Sumário

Vindica a parte agravante a desconstituição da r. interlocutória dardejada, a fim de que seja determinada a sustação dos protestos e suspensão da exigibilidade das exações objeto da lide.

Recurso tempestivo, processado sem antecipação da tutela recursal e não contrariado (fls. 35/37).

Tal, em abreviado, o relatório.

Demanda pelo rito ordinário ajuizada por **Auri Rodrigues de Sousa Silva**, objetivando o reconhecimento da inexigibilidade do valor cobrado a título de IPVA e a ilegitimidade do protesto levado a efeito.

Relata a parte autora que procedeu a venda da motocicleta Kasinski Comet, placa GT-250R, Renavam nº 214058255, em **21.12.2010**, conforme contrato de compra e venda às fls. 181/194 dos autos originários.

Nesse contexto, sobreveio decisão do MM. Juiz de origem proferida nos seguintes termos:

> ***"É ação de inexigibilidade de débitos tributários de IPVA com pedido de tutela de urgência. Pretende a autora a suspensão o dos protestos de CDAs no qual se exige IPVA de um bem que não mais lhe pertence. Noticia ter adquirido um veículo tipo motocicleta nas condições especificadas na inicial. Em dezembro de 2010 a motocicleta foi negociada com o Sr. Marcos C. Gonçalves, sendo transferido o financiamento pendente. Noticia que o negócio não deu certo, o que levou a autora a demandar contra o comprador, que deixou de pagar IPVA dos exercícios 2011, 2012 e 2013, além de DPVAT, licenciamentos e multas, tendo ainda deixado de transferir o financiamento nos termos pactuados.***
>
> ***A autora se encontra, ademais, com o nome negativado no CADIN decorrente protesto em cartório por débitos tributários vencidos a partir de 2011. Mas, em que pesem todos esses fatos que constituem inegável agrura à requerente, seu pleito não procede. É que pela legislação do IPVA, a obrigação de comunicar a alienação do bem, cuja transferência da propriedade se deu pela tradição, é inafastável e sua ausência acarreta responsabilidade tributária, nos termos do art. 6º, inciso II da Lei nº 13.296/08.***
>
> ***Assim, INDEFIRO o pedido de tutela de urgência".***

Com vistas à modificação da referida decisão, volta- se o recurso da agravante, nos termos acima relatados.

O agravo comporta guarida.

Consabido, a tutela antecipada foi introduzida no ordenamento jurídico-processual com o objetivo de garantir à parte, de forma imediata, a satisfação de determinado direito almejado, quando este for capaz de gerar prejuízos irreversíveis.

Acesso ao Sumário

Entrementes, traduzindo-se em mecanismo pelo qual o julgador, desde logo, confere a satisfação de determinada pretensão, mediante análise sumária do caso concreto isto é, sem maior aprofundamento há, sempre e sempre, de ser concedida em observância a rígidos requisitos legais, disciplinados no **Estatuto Processual.**

À vista disso, considerando que o agravo de instrumento em apreço versa exclusivamente sobre a pertinência da tutela provisória, cabe limitar a cognição a este ponto, verificando a presença ou ausência dos requisitos preconizados no **art. 300**, do **CPC**, quais sejam: *(i)* a probabilidade do direito e *(ii)* o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, sendo forçoso consignar que não poderá ser concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (**§3º** do **art. 300**).

Sem pretensão de esmiuçar o mérito da causa, que será resolvido na origem, a pretensão da recorrente, em sede de tutela provisória, merece acolhida, sobretudo diante dos documentos colacionados relativos à alienação havida no ano de 2011 (fls. 181/194), bem como na probabilidade do direito invocado, mormente em se considerando o recente julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0055543-95.2017.8.26.0000 de Relatoria do honorável **Desembargador Alex Zilenovski**, declarou a incompatibilidade da regra do **art. 6º, inciso II**, da **Lei Estadual nº 13.296/2008** com o **texto constitucional**, fixando-se a seguinte ementa:

> ***ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE****. Artigo 6º, inciso II, da Lei 13.296, de 23 de dezembro de 2008, do Estado de São Paulo, que atribui responsabilidade tributária ao ex-proprietário de veículo automotor para o pagamento de IPVA. O dispositivo em comento constitui novo fato gerador do tributo para terceiro que sequer integra a relação tributária. Violação dos artigos 146, III, alínea "a", 150, inciso IV, 155, inciso III, todos da Constituição Federal, ao art. 121, inciso II, do Código Tributário Nacional, bem como ao art. 1.228, do Código Civil. Incidente procedente. Artigo 6º, inciso II, da Lei Estadual nº 13.296/2008, de São Paulo, que dispõe que "são responsáveis pelo pagamento do imposto e acréscimos legais o proprietário de veículo automotor que o alienar e não fornecer os dados necessários à alteração no Cadastro de Contribuintes do IPVA no prazo de 30 (trinta) dias, em relação aos fatos geradores ocorridos entre o momento da alienação e o do conhecimento desta pela autoridade responsável". O artigo 134, do Código de Trânsito Brasileiro atribui responsabilidade semelhante à da norma impugnada, ex vi: "No caso de transferência de propriedade, o proprietário antigo deverá encaminhar ao órgão executivo de trânsito do Estado dentro de um prazo de trinta dias, cópia autenticada do comprovante de transferência de propriedade, devidamente assinado e datado, sob pena de ter que se responsabilizar solidariamente pelas penalidades impostas e suas reincidências até a data da comunicação". Não obstante a semelhança entre os dispositivos,*

Acesso ao Sumário

cumpre trazer à baila, recente jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça que sumulou o entendimento de que o artigo 134, do CTB não se aplica às relações tributárias. "Súmula nº 585: A responsabilidade solidária do ex-proprietário, prevista no artigo 134, do Código de Trânsito Brasileiro – CTB, não abrange o IPVA incidente sobre o veículo automotor, no que se refere ao período posterior à sua alienação" (original sem grifos).

Verifica-se, portanto, a probabilidade do direito e o perigo de dano à parte agravante, sem prejuízo de reversibilidade da medida oportunamente, se o caso.

Nesse mesmo sentido vem se posicionando este **E. Tribunal** em casos semelhantes:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – TRIBUTÁRIO – TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE – IPVA – PROTESTOS ORIUNDOS DE DÉBITOS DE IPVA – RESPONSABILIDADE DECORRENTE DA FALTA DE INFORMAÇÃO DA ALIENAÇÃO DOS VEÍCULOS AOS ÓRGÃOS COMPETENTES – INOCORRÊNCIA – Lei Estadual nº 13.296, art. 6º, II, declarada inconstitucional pelo Òrgão Especial desta Corte nos autos da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0055543-95.2017.8.26.0000 – Suspensão dos efeitos dos protestos oriundos de débitos de IPVA de veículos comprovadamente alienados anteriormente à ocorrência dos respectivos fatos geradores – Decisão parcialmente reformada – Recurso provido em parte. (TJSP; Agravo de Instrumento 2008991-38.2017.8.26.0000; Relator (a): Carlos von Adamek; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Araraquara - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 31/07/2018; Data de Registro: 02/08/2018)

Agravo de Instrumento – Ação declaratória de Inexistência de Propriedade de veículo e inexigibilidade IPVA – Indeferimento da tutela antecipada – Recurso manejado pela autora contra esta r. Decisão – Provimento parcial de rigor. 1. Requisitos legais à concessão da tutela antecipada perceptíveis em sede de cognição sumária Probabilidade do direito e perigo de dano Entendimento havido no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0055543-95.2017.8.26.0000 – Elementos suficientes para afastar a regularidade da autuação – Perigo na demora também evidente em razão os gravames decorrentes do protesto promovido pela FESP. 3. De outra parte, contudo, descabida a concessão da tutela antecipada almejada para determinar que os requeridos promovam a transferência do automotor – Ausência dos requisitos legais autorizadores, mormente porque a matéria diz respeito ao mérito e não podem ser objeto de análise no agravo sob pena de supressão de Instância e deverão ser

Acesso ao Sumário

detidamente apreciadas por ocasião do julgamento pelo Magistrado "a quo". R. Decisão reformada. Recurso provido em parte. (TJSP; Agravo de Instrumento 2091862- 91.2018.8.26.0000; Relator (a): Sidney Romano dos Reis; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Guaratinguetá - 3ª Vara; Data do Julgamento: 27/07/2018; Data de Registro: 27/07/2018).

Diante de todo o exposto, de rigor a reforma da interlocutória dardejada para determinar a suspensão da exigibilidade dos débitos de IPVA posteriores ao exercício de 2010, bem como os respectivos protestos, até a prolação da sentença.

Ficam as partes notificadas de que, em caso de oposição de embargos declaratórios, o processamento e o julgamento se realizarão por meio virtual.

Postas tais premissas, por meu voto, **dou provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2037157-46.2018.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é agravante CASA DE REPOUSO REVIVER EM PAZ LTDA. ME, é agravado MUNICÍPIO DE BAURU.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.832)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente) e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 26 de setembro de 2018.

ANTONIO TADEU OTTONI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER – CASA DE REPOUSO PARA IDOSOS – TUTELA DE URGÊNCIA – CESSAÇÃO DA ATIVIDADE E REMOÇÃO DOS IDOSOS – DEFERIMENTO EM PRIMEIRO GRAU – INSURGÊNCIA DA RÉ – Conquanto interditada em dezembro de 2017, a agravante prosseguiu funcionando com inúmeras irregularidades – Superlotação, com falta de camas e

Acesso ao Sumário

colchões para todos e condições sanitárias precárias, constatando-se, até mesmo, insuficiência de alimentos – A par de infringência às normas legais atinentes à espécie, no caso, patenteia-se afronta ao princípio da dignidade humana – Imperiosa a cessação das atividades da agravante e remoção dos idosos para locais que possam lhes prestar atendimento digno – Decisão mantida – Agravo de instrumento desprovido.

VOTO

Vistos

1. RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, manejado em ação de obrigação de fazer, contra r. decisão que deferiu tutela de urgência nos seguintes termos:

"Vistos.

1) Trata-se de ação de obrigação de não fazer na qual o autor sustenta que a Requerida tem como atividade Clínica e Residência Geriátrica (Prestação de Serviço à Saúde), com licença de funcionamento liberada em 19/04/2017, após várias autuações, sendo que na ocasião residiam na casa 09 idosos. Sustentou que em 30/05/2017, em atendimento a uma denúncia, a Vigilância Sanitária esteve no local e verificou-se que a quantidade de pacientes havia aumentado para 14, sendo que um deles estava instalado na edícula do imóvel (local com condições estruturais ruins), além de não haver profissional responsável pela limpeza, dentre outras irregularidades. A Municipalidade solicitou adequações referentes à estrutura física, lista atualizada de residentes, escala de trabalho dos funcionários e contrato com a empresa que recolhe os resíduos perfurocortantes, além de orientação à proprietária para retirar o idoso da edícula, sendo aplicados três autos de infração, por não apresentar documentos solicitados, além de outras irregularidades. A Vigilância Sanitária interditou o estabelecimento em dezembro/2017. Mesmo após esse fato, a proprietária do estabelecimento manteve o funcionamento com 13 idosos residentes. Pleiteia a concessão de tutela antecipada para o fim de ordenar judicialmente a INTERDIÇÃO (suspensão de funcionamento) da Casa de Repouso Reviver em Paz Ltda ME, devendo a requerida providenciar a remoção dos idosos, remetendo os respectivos relatórios a esse Douto Juízo de Direito e à Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos do Idoso, sob pena de remoção para outro estabelecimento de longa permanência, às suas expensas, nos termos do parágrafo único do art. 56, do Estatuto do Idoso, com fixação de multa diária.

Acesso ao Sumário

O Ministério Público foi favorável à interdição do estabelecimento, salientando que embora a remoção dos idosos do local seja atribuição da requerida (art. 56, § único do Estatuto do Idoso), na garantia dos idosos é recomendável que a diligência seja acompanhada por equipe da Vigilância Sanitária e da SEBES (fls. 68/69).

A providência do artigo 300 do Código de Processo Civil pode ser- lhe outorgada.

Prevê a disposição:

'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.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.'

No caso dos autos, existe receio de dano irreparável, até porque, segundo a documentação, a requerida mantem estabelecimento que tem por atividade prestação de serviço de saúde, sem cumprimento das mínimas regras estabelecidas pela legislação vigente.

Ademais, verifica-se que houve a interdição total do estabelecimento em 12.12.2017 (fls. 61) e, não obstante, em 07.02.2018 foi constatado que a requerida permanecia em plena atividade funcionando com 13 idosos (fls. 40).

Assim sendo, DEFIRO A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA, determinando-se o cumprimento da obrigação de não fazer consistente em não exercer as atividades no estabelecimento até a sua regularização, devendo a requerida providenciar a remoção dos idosos, remetendo os respectivos relatórios a este Juízo de Direito e à Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos do Idoso, sob pena de remoção para outro estabelecimento de longa permanência às suas expensas (art. 56, parágrafo único do Estatuto do Idoso), bem como incidência de multa diária no importe de R$ 500,00 (quinhentos reais), até regularização na esfera administrativa, expedindo-se com urgência, o necessário.

2) Intime-se a requerida para cumprimento da tutela deferida.

3) Oficie-se à Divisão de Vigilância Sanitária do Departamento

Acesso ao Sumário

de Saúde Coletiva - Secretaria Municipal da Saúde de Bauru, bem como à Secretaria Municipal do Bem Estar Social - SEBES para o acompanhamento da diligência, a fim de garantir que a remoção dos idosos seja feita de forma a preservar seus direitos.

4) Diante das especificidades da causa e de modo a adequar o rito processual às necessidades do conflito, deixo para momento oportuno a análise da conveniência da audiência de conciliação (CPC, art.139, VI e Enunciado nº 35 da ENFAM: 'Além das situações em que a flexibilização do procedimento é autorizada pelo art. 139, VI, do CPC/2015, pode o juiz, de ofício, preservada a previsibilidade do rito, adaptá-lo às especificidades da causa, observadas as garantias fundamentais do processo').

5) Cite-se e intime-se a parte ré para contestar o feito, no prazo legal.

6) A presente citação é acompanhada de senha para acesso ao processo digital, que contém a íntegra da petição inicial e dos documentos. Tratando-se de processo eletrônico, em prestígio às regras fundamentais dos artigos 4º e 6º do CPC fica vedado o exercício da faculdade prevista no artigo 340 do CPC.

7) Via digitalmente assinada da decisão servirá como mandado.

Determino o cumprimento do mandado em 05 (cinco) dias, em face da concessão de tutela de urgência (art. 1060, Cap. VII das NSCGJ).

Intime-se." (fls. 71/73 – principais – destaques do original).

Em suas razões (fls. 01/35) a agravante aduziu que estariam ausentes os requisitos legais para a concessão da medida.

Tendo em vista documentação sugerindo que a regularização estaria em curso, deferiu-se parcial antecipação de tutela recursal para que fosse realizada uma última vistoria, após o que, caso se constatasse a não regularização, a tutela de urgência deveria ser cumprida de imediato (fls. 109/110).

Contraminuta apresentada (fls. 114/173).

Tendo em vista constatação, na derradeira vistoria, de que as irregularidades permaneciam, o que deflagrou ordem de integral cumprimento da tutela de urgência (fls. 364/365 e fls.395 principais) determinou-se a manifestação da agravante (fls. 179), a qual se manteve silente (fls. 181).

É o relatório.

2. FUNDAMENTOS

De proêmio consigne-se que a apreciação deste recurso deve cingir-se à presença, ou não, dos requisitos insculpidos no artigo 300 do Novo Código de Processo Civil, pois o aprofundamento nas questões de mérito consubstanciaria

Acesso ao Sumário

inadmissível supressão de instância.

E, sob essa ótica, não comporta provimento.

Com efeito, não é admissível que a agravante, em tese voltada ao atendimento a idosos, recalcitre no cumprimento de normas e posturas municipais imprescindíveis à manutenção de sua atividade, notadamente em casos do jaez, em que, já tendo sido interditada em 12/12/2017 (fls. 56/57 - principais), ainda assim insistiu em prosseguir funcionando em condições precárias (fls. 40/53 - principais).

E na derradeira vistoria realizada por força da antecipação de tutela recursal deferida às fls.109/110 deste agravo, constatou-se que as irregularidades permaneciam se é que não teriam piorado - notadamente no que concerne à superlotação (capacidade para 10 idosos, agora comportando 14, com falta, inclusive, de camas e colchões para todos eles) e péssimas condições sanitárias, para não mencionar o fato de que a "*única geladeira existente no local encontrava-se praticamente vazia (...) e a quantidade de alimentos preparados mostra-se insuficiente*" (fls. 263/272 - principais).

Vê-se, pois, que a agravante deixou escorrer por entre os dedos última chance concedida, demonstrando que não se dispõe a suprir o mínimo necessário para reverter o quadro que, repita-se, determinou sua interdição administrativa em dezembro de 2017.

Deste modo, em apreciação sumária própria desta fase do procedimento, verifica-se que as condições ofertadas aos idosos, a par de infringir as normas legais atinentes à espécie, afronta claramente o princípio da dignidade humana, sendo de rigor concessão da tutela de urgência que, no caso, visa preservar a incolumidade física e psíquica dos idosos, sendo inadmissível vivam como estão, em situação precária para a satisfação do interesse por lucro da agravante.

Portanto, impõe-se a cessação da atividade da agravante, procedendo-se à remoção dos idosos para locais que lhes possam prestar atendimento digno, assim mantendo-se a r. decisão fustigada pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Anote-se que eventuais embargos declaratórios opostos em face deste acórdão serão julgados em sessão virtual, consoante o disposto na Resolução nº 549/2011, do Órgão Especial desta Corte Bandeirante, com a redação dada pela Resolução nº 772/2017.

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao agravo de instrumento.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2078853-62.2018.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é agravante HAVAN LOJAS DE DEPARTAMENTOS LTDA., é agravado MUNICÍPIO 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: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.033)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSWALDO LUIZ PALU (Presidente), MOREIRA DE CARVALHO e CARLOS EDUARDO PACHI.

São Paulo, 1º de outubro de 2018.

OSWALDO LUIZ PALU, Relator

Ementa: AGRAVO. Tutela de urgência. Ação Declaratória. Pretensa declaração de inexistência de relação jurídica afastando a aplicação dos efeitos da Lei Municipal nº 4127/91 e da Lei Municipal nº 7.204/2006.

1. Decisão que indefere a tutela de urgência. Manutenção. Discussão acerca da obrigatoriedade de colocação de avisos/placas no estacionamento informando sobre obrigatoriedade do estabelecimento ressarcir clientes em caso de danos causados a seus veículos. Ausência de risco de difícil reparação até julgamento da ação declaratória.

Decisão mantida.

2. Negado provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

I. RELATÓRIO.

Cuida-se de **agravo com pedido de efeito suspensivo** interposto em confronto à r. decisão de **fls. 21/22** que, nos autos da ação declaratória proposta por HAVAN LOJAS DE DEPARTAMENTOS LTDA. em face do MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS objetivando, em resumo, a concessão de tutela para suspender os efeitos da Lei Municipal nº 4.127/91 e Lei Municipal nº 7.204/2006 que dispõem sobre a obrigatoriedade de cobertura por seguro

contra furto ou roubo de veículos e sobre a fixação de placas para as empresas que disponham de área ou local destinado a estacionamento até o término do processo judicial e posterior procedência do pedido para declarar a inexistência de relação jurídica e afastar a aplicação dos efeitos da legislação municipal mencionada, indeferiu a tutela diante da ausência de dano de difícil reparação. **Inconformad**a, insurge-se a agravante por meio do presente agravo **(fls. 01/20)** e sustenta que foi instaurado contra ela inquérito civil pelo Ministério Público objetivando apurar eventual desrespeito à Lei Municipal n. 7.204/2006, pois não colocadas placas no estacionamento, informando sobre a obrigatoriedade da agravante em ressarcir os usuários em caso de danos, roubo/furto do veículo e furto de objetos no interior do estacionamento **e** a falta de celebração de contrato de seguro para cobertura de danos, furtos e roubos de veículos de clientes estacionados no estacionamento da empresa, nos termos do art. 1º da Lei Municipal 4.127/91. Tendo em vista que a pleiteada tutela de urgência foi indeferida pelo i. magistrado a agravante pretende a concessão da tutela antecipada para determinar a suspensão dos efeitos das leis municipais até decisão final nos autos da ação declaratória. Recebido o recurso e indeferida a medida jurisdicional pleiteada **(fls. 134/137)** sobreveio contraminuta **(fls. 147/158)** e parecer da d. Procuradoria de Justiça no sentido de negar-se provimento ao recurso (**fls. 176/177). É o relatório.**

II. FUNDAMENTO E VOTO.

1. O recurso não comporta provimento, pelo meu voto.

2. Conforme se depreende da inicial a agravante propôs uma ação declaratória c.c. pedido de tutela provisória de urgência objetivando a suspensão dos efeitos da Lei Municipal 4127/91 e a Lei Municipal n. 7.204/2006, declarando, ao final, a inexistência de relação jurídica afastando a aplicação dos efeitos das leis mencionadas que dispõem a obrigatoriedade de cobertura por seguro contra furto ou roubo de veículos e sobre a fixação de placas para as empresas que disponham de área ou local destinado a estacionamento por entender serem inconstitucionais. O MM. Juiz, em análise inicial, indeferiu o pedido de tutela de urgência ao fundamento da existência 'da Súmula 130 do STJ' que já determina a responsabilidade da empresa pela reparação de danos ou furtos de veículos ocorridos em estacionamento e, como tal deverá ser mantida.

3. 'Ab initio', consigne-se que o julgamento do presente recurso restringe-se à verificação da presença ou não dos requisitos ensejadores à concessão de tutela provisória de urgência, na modalidade tutela antecipada, nos termos do artigo 300, 'caput' do Código de Processo Civil de 2015, que reza:

> "Artigo 300 - A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem **a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.**" (g.n.).

3.1. E o que se constata com a análise de tudo o quanto consta desses autos

Acesso ao Sumário

de agravo é que a concessão da tutela de urgência postulada na hipótese **não se justifica**, pois que ausentes sobreditos requisitos legais. Analisando o teor da inicial observa-se que a agravante se baseou para a propositura da ação declaratória em instauração de inquérito civil pela 6ª Promotoria de Justiça de São José dos Campos objetivando apurar desrespeito à Lei Municipal nº 7.204/2006 porque não colocadas no estacionamento noticiando a obrigatoriedade da agravante em ressarcir os usuários em caso de danos, roubo/furto do veículo furtos de objetos no interior do mesmo e a falta de celebração de contrato de seguro para cobertura de danos, furtos e roubos e veículos de clientes estacionados no estacionamento da empresa, conforme exigido pela lei questionada pela agravante **(fls. 28/30 dos autos principais).** Deste modo pretende, com base na instauração do inquérito civil, com a ação de cunho declaratório proposta em face do Município de São José dos Campos o reconhecimento da inconstitucionalidade das Leis Municipais nºs 4.127/91 e 7.204/16.

4. Não foi apontado neste recurso a plausibilidade do direito da agravante que justificasse a concessão da medida jurisdicional pleiteada. Cumpre aqui reiterar o já considerado no despacho de fls. 134/137 que o Ministério Público afirmou expressamente que '...não deduzirá pretensão, a partir de então, quer por via judicial ou administrativa, visando o fechamento da filial da autora neste município de São José dos Campos, com base na Lei Municipal 4.127/91 até que seja proferida decisão nos autos da ação declaratória acerca da obrigação da autora contratar seguro obrigatório. Nesse ponto, o Ministério Público concorda com a concessão da tutela antecipada para que a requerente não tenha sua filial em São José dos Campos fechada por falta de seguro obrigatório para os veículos de seus clientes estacionados em seu estacionamento.' Assim, não há interesse de pleitear a antecipação de tutela neste momento processual.

5. Ademais, acrescente-se que a agravante pretende o reconhecimento da inconstitucionalidade de norma consubstanciada em declaração de 'inexistência de relação jurídica' em face do Município sem provar a existência do ato efetivo que lhe acarretasse algum dano até o julgamento da ação declaratória. Assim sendo, a r. decisão agravada deve ser mantida integralmente.

6. Ante ao exposto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 3002512-75.2018.8.26.0000, da Comarca de Ibitinga, em que é agravante SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV, é agravada JAMES BERTOLINI STOCO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito

Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.588)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BANDEIRA LINS (Presidente sem voto), PAULO DIMAS MASCARETTI e LEONEL COSTA.

São Paulo, 9 de outubro de 2018.

JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA. ATO JUDICIAL IMPUGNADO. RESTABELECIMENTO DA PENSÃO POR MORTE.

PRESSUPOSTOS RECURSAIS. AUSÊNCIA DAS PEÇAS OBRIGATÓRIAS DO ARTIGO 1.017 DO CPC. Inocorrência. Dispensa da obrigação de juntada das peças obrigatórias. Ato judicial proferido em processo eletrônico. Inteligência do § 5º do artigo 1.017 do CPC.

CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA. Cessação do benefício de pensão por morte por ser constatado que o beneficiário, ao completar 21 anos de idade, não estava matriculado no curso de ensino superior. Alegação de realização da matrícula um dia após a data de aniversário. Previsão excepcional que deve ser literalmente interpretada. Interpretação do artigo 147, § 2º da LCE 180/78. Situação em que o beneficiário não atendia aos requisitos legais no momento em que completou 21 anos de idade. Inexistência de direito à extensão do benefício aos 25 anos. Decisão reformada.

RECURSO PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento que impugna ato judicial do Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Ibitinga, que determinou o cumprimento da tutela provisória antecipada concedida para o fim de restabelecer o benefício de pensão por morte.

Acesso ao Sumário

A agravante sustenta, em suma, (i) a perda da qualidade de segurado em razão da ausência da matrícula universitária na data em que o aluno completou a idade de 21 anos; (ii) o risco de dano irreparável em razão da impossibilidade de repetição da verba alimentar paga.

Foi concedido o efeito suspensivo (fls. 08/09) e o agravado apresentou contraminuta (fls. 13/22).

É o relatório.

Não há falar em falta de pressuposto recursal atinente a ausência das peças indispensáveis para a interposição do recurso.

O § 5º do artigo 1.017 do CPC estabelece que "*sendo eletrônicos os autos do processo, dispensam-se as peças referidas nos incisos I e II do caput, facultando-se ao agravante anexar outros documentos que entender úteis para a compreensão da controvérsia*".

No caso dos autos, os autos de origem são digitais, de forma que a SPPREV está dispensada da obrigação de instruir o recurso com as peças ditas indispensáveis.

Ultrapassada a objeção processual, passo a analisar a matéria devolvida.

O agravado iniciou incidente de cumprimento provisório de sentença que reconheceu o direito a continuar recebendo a pensão por morte deixada por seu avô até 21 anos, ou até 25 anos, caso esteja matriculado em curso de ensino superior. No curso do incidente, a SPPREV constatou que, no dia do implemento da idade de 21 anos (05.02.2018), o exequente não estava matriculado em qualquer curso. Instaurou-se, assim, cognição sobre a questão, e o pensionista sustentou que, em 06.02.2018, ou seja, um dia após ter completado 21 anos, conseguiu se matricular no curso de Engenharia, sendo transferido posteriormente para outro curso em universidade diversa.

O juízo "*a quo*", ao apreciar os embargos de declaração opostos pela agravada, determinou o restabelecimento da pensão.

Estabelece o artigo 147 da Lei Complementar Estadual n. 180/78:

"Artigo 147 - São beneficiários obrigatórios do contribuinte: I - o cônjuge sobrevivente;

II - os filhos incapazes e os inválidos, de qualquer condição ou sexo e as filhas solteiras;

III - os pais do contribuinte solteiro, viúvo, separado judicialmente ou divorciado, desde que vivam sob sua dependência econômica, mesmo quando não exclusiva, e não existam outros beneficiários obrigatórios ou instituídos nos termos do artigo 152.

§ 1º - Os filhos legitimados, os naturais e os reconhecidos equiparam-se aos legítimos.

Acesso ao Sumário

*§ 2º - **Atingindo o filho beneficiário a idade de 21 (vinte e um) anos, ou a de 25 (vinte e cinco) anos se estiver frequentando curso de nível superior, cessa o seu direito à pensão.***

§ 3º - A pensão atribuída ao incapaz ou inválido será devida enquanto durar a incapacidade ou invalidez e à filha solteira até o casamento.

§ 4º - Mediante declaração escrita do contribuinte, os dependentes enumerados no inciso III deste artigo poderão concorrer com o cônjuge e com as pessoas designadas na forma do artigo 152, salvo se existirem filhos".

A norma que prevê a extensão do benefício aos 25 anos parece exigir que, na data em que completar 21 anos, o beneficiário já deve estar matriculado em curso de ensino superior.

É preciso considerar que a regra é a cessação do benefício aos 21 anos de idade. A extensão aos 25 anos é excepcional e justificada pela matrícula em curso de ensino superior. Pressupõe, portanto, que o beneficiário já esteja frequentando curso de ensino superior.

Na situação extrema dos autos, a excepcionalidade deve ser interpretada em sua literalidade, não se admitindo ampliações subjetivas por conta de tolerâncias em relação aos prazos.

Denota-se, inclusive, que a matrícula poderia ter sido realizada na data de aniversário do beneficiário (05.02.2018). O próprio agravado aduz que o período de matrícula era de 05.02.2018 a 07.02.2018. Optando pela realização da matrícula no dia 06.02.2018, não houve implemento da situação legal autorizadora da extensão do benefício (estar matriculado a partir dos 21 anos).

Dessa forma, correta a impugnação da SPPREV, devendo ser cessado o benefício.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2088758-28.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CELSO PINTO DE MORAIS PEREIRA, é agravado UNESP-UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA-JULIO DE MESQUITA FILHO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.862)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente), FERRAZ DE ARRUDA e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 19 de setembro de 2018.

FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Fase de cumprimento de sentença – Alegação de impossibilidade de aplicação da Lei nº 11.960/2009, conforme v. acórdão proferido por esta C. 13 Câmara de Direito Público – Reclamação nº 19.722 manejada pela agravada, na qual proferida r. decisão monocrática "para cassar o acórdão reclamado, tão-somente na parte em que afastou a aplicação do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com a redação conferida pelo art. 5º da Lei nº 11.960/2009".

V. acórdão anteriormente proferido por esta C. 13ª Câmara de Direito Público em 22.11.2017, que suspendeu o recurso até que fossem julgados definitivamente pelo E. STF a reclamação e os recursos interpostos quanto à reclamação nº 19772.

APLICABILIDADE DA LEI Nº 11.960/2009 ao caso concreto, no que toca a correção monetária, considerando a decisão proferida pelo E. STF nos autos de reclamação relativa ao presente caso (n. 19772), transitada em julgado em 26.05.2018.

Impossibilidade de revogação, por este Tribunal de Justiça, da r. decisão monocrática proferida pelo Exmo. Min. do STF. Impossibilidade de aplicação ao caso concreto do decidido no v. acórdão proferido em 20.09.2017, nos autos do Recurso Extraordinário nº 870.947/SE (Tema de Repercussão Geral nº 810), de que foi Relator o Ministro LUIZ FUX, no qual foi reconhecida, com força vinculante, a inconstitucionalidade da utilização da TR para fins de atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública, no período anterior à expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor. No caso específico dos presentes autos a Reclamação nº 19772, julgada pelo E. STF determinou a aplicabilidade da

Acesso ao Sumário

Lei nº 11.960/2009 para correção monetária.
R. decisão agravada mantida.
AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Celso Pinto Morais Pereira contra r. decisão interlocutória proferida em sede de cumprimento de sentença de Mandado de Segurança (nº 0030589-45.2002.8.26.0053) impetrado contra ato coator praticado pelo Reitor da Universidade Estadual Paulista UNESP.

A r. Decisão agravada acolheu impugnação efetivada pelo agravado (UNESP) e determinou o prosseguimento da execução pelo valor por este indicado.

A r. decisão agravada (fls. 28 deste agravo), integrada pela r. decisão que rejeitou os embargos de declaração opostos pelo agravante (fls. 29), proferidas pelo Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, possuem o o seguinte teor:

"1- Não cabe a este juízo proclamar alegada nulidade de julgamento proferido

por instância superior.

2- Desde a reforma processual de 1994 não há mais homologação de cálculos de litigantes.

3- Fundada a discordância da Universidade com o pedido de suspensão, pois há decisão específica sobre a metodologia de cálculo para esta demanda, acolho a impugnação de fls. 1247/1250, prosseguindo-se na execução pelo valor indicado pela UNESP.

Intime-se" .

"Fls. 1.359/1.375:

Rejeito os embargos de declaração, porquanto não há o vício apontado. As argumentações lançadas apenas ressaltam o inconformismo do embargante quanto á forma de cálculo que deve ser seguida, em estrita observância à coisa julgada.

Eventual declaração de nulidade do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, como já dito, não cabe a este juízo.

Intime-se".

Aduz o agravante, em síntese, que: a) ficou consignado no v. acórdão proferido em sede de embargos à execução que os juros moratórios incidiriam a partir da citação, nos termos do art. 406 do Código Civil; b) não foi citado, intimado ou notificado da interposição da Reclamação feita pela agravada do

Acesso ao Sumário

quanto decidido no v. acórdão proferido pelo E. TJ/SP em sede de embargos à execução, o que fere seu direito ao contraditório e a ampla defesa; c) também não foi intimado da r. decisão monocrática proferida pelo

E. STF na Reclamação interposta pela agravada; d) está pendente de julgamento de agravo interno interposto contra a r. decisão monocrática proferida na Reclamação; e) a modulação dos efeitos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 11.960/2.009 é taxativa para, apenas e tão somente, modular os efeitos para que se dê sobrevida ao regime especial de pagamento de precatórios, instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009 (Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4357 - julgamento: 25/03/2.015); f) no caso concreto o cumprimento de sentença ainda pende de fixação do quantum debeatur, ainda não foi expedido o precatório, não havendo sido expedido o precatório, não existe precatório sob o "... regime especial de pagamento de precatórios, instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009 ..." e não havendo sido expedido o precatório, não existe precatório que se insira entre "... precatórios expedidos ou pagos até esta data", ou seja, até 25 de março de 2.015. Requer o provimento do recurso para rejeitar a impugnação feita pela agravada, acolhendo os cálculos por ele apresentados, com aplicação dos índices constantes da TABELA PRÁTICA PARA CÁLCULO DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA - IPCA-E - Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial -, editada por este Colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e da incidência dos juros moratórios, com base na alíquota de 1 % (um por cento), ao mês, ex vi do disposto no artigo 406, do Código Civil, combinado com o parágrafo 1º, do artigo 161, do Código Tributário Nacional ou para sobrestar o cumprimento de sentença que se desenvolve nos autos do Mandado de Segurança, processo nº 0030589-45.2002.8.26.0053 (053.02.030589-6), até o julgamento pelo Excelso Pretório do RE nº 870.947, onde restou reconhecida a REPERCUSSÃO GERAL do tema em debate - Tema nº 810 -relativo à correção monetária e juros moratórios incidentes sobre condenações impostas à Fazenda Pública.

Custas recolhidas às fls. 26 do agravo.

Agravo processado sem pedido de efeito, pois não requerido pelo agravante (fls. 256/257 do agravo).

Contraminuta da UNESP às fls. 261/268.

Peticionou o agravante alegando a superveniência de fato novo, diante do julgamento do Tema nº 810 pelo E. STF, bem como pleiteando "*a decretação do provimento desta insurgência, para acolher as postulações, como formuladas e, no caso dos juros e da correção monetária, determinar a incidência da atualização monetária, com base no IPCA-E - Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial -, conforme TABELA PRÁTICA PARA CÁLCULO*

DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA – editada por este Colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e a incidência dos juros moratórios, com base na alíquota de 0,5 % (meio por cento)" (fls. 274/289).

Sobreveio v. acórdão, proferido por esta C. 13ª Câmara de Direito Público em 22.11.2017, que suspendeu o recurso até que fossem julgados definitivamente pelo E. STF a reclamação e os recursos interpostos quanto à reclamação nº 19772 (fls. 292/304).

Certificado nos autos o trânsito em julgado da Reclamação nº 19772 em 26.05.2018 (fls. 308/309).

É o breve relatório.

Importa esclarecer que a r. decisão vergastada foi proferida e publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2015, é sob a ótica desse diploma processual que será analisada sua correção ou não.

Para que haja melhor compreensão do caso, convém esclarecer o seguinte.

Pelo que se depreende dos autos deste agravo, o Agravante manejou Mandado de Segurança, colimando o reconhecimento, a declaração e a decretação da nulidade de ato ilegal, praticado pelo Magnífico Reitor da Universidade Estadual Paulista - UNESP que determinou seu regime de trabalho, originalmente em Regime de Dedicação Integral à Docência e à Pesquisa - RDIDP, passasse a ser o Regime de Tempo Parcial - RTP (fls. 31/66 deste agravo).

A segunda r. sentença proferida na fase de conhecimento, pois a primeira foi anulada, denegou a segurança, sendo reformada por v. acórdão (fls. 85/93 deste agravo) que concedeu a segurança e garantiu ao impetrante, ora agravante, o recebimento dos "*direitos e vantagens que deixou de perceber em razão da aplicação da penalidade, a partir do ajuizamento da ação*".

Na sequência, o agravante apresentou memória de cálculos (fls. 94/102 deste agravo).

Intimada a cumprir a sentença a UNESP opôs embargos à execução (nº 1014756-81.2013.8.26.0053 – fls. 103/105 deste agravo) no quais sustentou "*excesso de execução, pois o cálculo do exequente contemplou verba anterior ao ajuizamento do mandado de segurança e* ***não observou a Lei nº 11.960/2009, que alterou o art. 1-F da Lei nº 9.494/97, no que toca à correção monetária e aos juros de mora***", que foram rejeitados em 1º Grau pelos seguintes fundamentos:

> *"A conta elaborada pelo exequente observou com fidelidade o título executivo judicial, assinalando-se que não são cobradas verbas pretéritas ao ajuizamento do mandado de segurança, mas sim prestações que se venceram desde a impetração, não obstante o fato gerador tenha ocorrido antes. Tratando-se de obrigação positiva e líquida, os juros demora são devidos desde o vencimento e não a partir da citação.*
>
> ***A metodologia de cálculo correta é a da Tabela Prática***

do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para os débitos judiciais em geral, e o disposto no art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, mas sem a redação dada pela Lei nº 11.960/09, pois foi declarada inconstitucional, por arrastamento, pelo Colendo Supremo Tribunal Federal (ADINs 4.357 e 4.425) e, desde já, deve ser reconhecida a sua ineficácia, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade acarreta efeitos repristinatórios, tornando sem efeito a lei inconstitucional revogadora de lei anterior.

Nesse sentido:

"Isso significa que a decisão proferida no bojo daquelas ações diretas determina a imediata incidência do artigo 1º-F da Lei Federal nº 9.497/97 com a redação que vigia antes da modificação perpetrada pelo artigo 5º da Lei Federal nº 11.960/09.

Em razão disso, e tendo em vista a possível insegurança jurídica a que pode ser submetido o jurisdicionado, tem essa Colenda Câmara entendido pela aplicação imediata dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da Lei Federal nº 11.960/09, ainda que pendente de publicação o acórdão daquelas ADI ìs, notadamente em razão do que restou decidido pela Min. Carmen Lucia no curso do RE nº 747.702-SC (j. 4.7.2013).

Em razão disso, é de rigor ter-se por vigente a redação do artigo 1º-F da Lei Federal 9.494/97, com a redação que lhe deu a MP nº 2.180/01" (TJSP, Ap. 0048104-78.2011, 9ª Câmara de Direito Público, Rel. José Maria Câmara Junior, j. 11.12.2013).

Cabe acrescentar que as respeitáveis decisões proferidas pelo Ministro Luiz Fux em ambas as ações, no dia 11 de abril de 2013, tinham por escopo coibir a paralisação do pagamento de precatórios por alguns tribunais do país, com recursos disponíveis para tanto, mas que preferiram aguardar a modulação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade. Assim, Sua Excelência tão somente determinou que todos "deem imediata continuidade aos pagamentos de precatórios, na forma como já vinham realizando até a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 14/03/2013, segundo a sistemática vigente à época, respeitando-se a vinculação de receitas para fins dequitação da dívida pública, sob pena de sequestro". Nada se falou sobre critérios de correção monetária até a expedição do precatório/requisitório e nem poderia ser diferente, pois nada nesse sentido foi pleiteado.

Portanto, correta a conta elaborada pelo exequente.

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTES os embargos, prosseguindo-se na execução. Pagará a embargante as custas processuais e os honorários advocatícios da parte contrária, fixados em R$500,00 nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

P.R.I". (extraído do "site" deste E. Tribunal de Justiça – grifei).

Interposto recurso de apelação pela UNESP, este foi negado provimento,

Acesso ao Sumário

com observação de que "[...] ***a correção monetária deverá ser paga nos moldes da Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo, e os juros de mora deverão incidir a partir da citação, nos termos do art. 406, do Código Civil***". Por sua vez, consignou o v. acórdão que "não se aplica os índices previstos na Lei nº 11.960, de 29 de junho de 2009, uma vez que, no julgamento das ADIs 4357 e 4425, o C. STF reconheceu, por arrastamento, a sua inconstitucionalidade". Por fim, ***o v. aresto reformou a r. sentença "tão-somente para determinar que seja adotado, para fins de incidência de juros moratórios, os termos do art. 406, do Código Civil***" (fls. 106/109 deste agravo). O v. acórdão transitou em julgado em 31.03.2015 (fls. 110 deste agravo).

Desta feita, o agravante apresentou os cálculos e requereu a expedição de ofício requisitório, observando o quanto decidido a título de juros moratórios pelo v. acórdão proferido em sede de embargos à execução (fls. 111/121 deste agravo).

A UNESP, ora agravada, impugnou os cálculos apresentados alegando que havia manejado Reclamação ao C. STF (Processo nº 19772), pois o E. TJ/SP havia usurpado de matéria de competência do Pretório Excelso na modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 11.960/2009, pois o TJ/SP havia determinado **a aplicação de índice de correção monetária**, em contradição as decisões do Min. Luiz Fux nas ADIs 4.357 e 4.425. (fls. 122/199 deste agravo).

O E.STF, por decisão monocrática proferida em **06.03.2015**, proferida pelo Min. Luis Roberto Barroso, julgou procedente o pedido feito na Reclamação nº 19.772, da seguinte forma (fls. 200/203 deste agravo):

> *"Ementa: RECLAMAÇÃO. **CORREÇÃO** DE DÉBITOS DA FAZENDA PÚBLICA. ADIs 4.357 E 4.425. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NESTA CORTE. 1. Ofende a decisão cautelar proferida nas ADIs 4.357 e 4.425, Rel. Min. Luiz Fux, decisão que afasta, por inconstitucionalidade, o índice de correção de débitos da Fazenda Pública fixado pelo art. 100, § 12, da Constituição, e pelo art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997 (na redação da Lei nº 11.960/2009). 2. Orientação consolidada nesta Corte, à qual se curva este relator. 3. Reclamação julgada procedente.*
>
> *Trata-se de reclamação que impugna decisão que afastou, por inconstitucionalidade, **a aplicação dos critérios de correção monetária relativos à caderneta de poupança sobre os débitos da Fazenda Pública.***
>
> *Em síntese, alega a parte reclamante que o ato impugnado teria: (i) afrontado a autoridade da decisão cautelar proferida pelo Min. Luiz Fux nas ADIs 4.357 e 4.425 – em que S. Exa. determinou, "ad cautelam, que os Tribunais de Justiça de todos os Estados e do Distrito Federal deem imediata continuidade aos pagamentos de precatórios, na forma como já vinham realizando até a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal*

Acesso ao Sumário

em 14/03/2013, segundo a sistemática vigente à época, respeitando-se a vinculação de receitas para fins de quitação da dívida pública, sob pena de sequestro"; e (ii) usurpado a competência desta Corte ao definir os efeitos temporais dos acórdãos das referidas ações diretas.

3. É o relatório. Decido.

4. Dispenso a prestação das informações, por considerar o feito suficientemente instruído, bem como a manifestação da Procuradoria-Geral da República, diante do caráter reiterado da matéria (RI/STF, art. 52, parágrafo único).

5. O Plenário desta Corte julgou parcialmente procedentes os pedidos nas ADIs 4.357 e 4.425, para declarar a inconstitucionalidade parcial das alterações realizadas pela EC nº 62/2009 no regime constitucional de precatórios. Entre aquelas disposições, considerou-se inválido o art. 100, § 12, da Constituição, sob o fundamento de que "o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período)". Isto resultou na inconstitucionalidade por arrastamento do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009.

6. Após o referido julgamento, inseguros quanto às normas a serem observadas, alguns Tribunais simplesmente paralisaram o pagamento de precatórios, à espera de um pronunciamento do STF acerca da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da EC nº 62/2009. Ao tomar ciência dessa informação, o Min. Luiz Fux proferiu a decisão que se alega violada, ordenando a retomada dos pagamentos, conforme a disciplina vigente até 14.03.2013, "respeitando-se a vinculação de receitas para fins de quitação da dívida pública, sob pena de sequestro". A referida decisão foi referendada pelo Plenário em 24.10.2013.

7. Inicialmente, concluí pela inaplicabilidade da suspensão dos efeitos do julgamento das ADIs 4.357 e 4.425 aos casos em que se discute a fixação de índices de correção monetária de débito ainda não inscrito em precatório. Não obstante, observo que os demais membros desta Corte têm interpretado a decisão-paradigma no sentido de que estão vedadas, com efeitos vinculantes, todas as declarações de inconstitucionalidade do sistema instituído pela EC nº 62/2009 e pela Lei nº 11.960/2009, até que a Corte conclua o julgamento da modulação dos efeitos das decisões tomadas nas referidas ações diretas. Nessa linha:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR ARRASTAMENTO DO ART. 5º DA LEI N. 11.960/2009. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE NS. 4.357 E 4.425. MODULAÇÃO DE EFEITOS PENDENTE. MANUTENÇÃO DO SISTEMA ANTERIOR.

Acesso ao Sumário

AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO". (RE 836.411-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia – dest. acresc.)

"Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Previdenciário. 3. Execução contra a Fazenda Pública. Juros moratórios. Aplicabilidade imediata da Lei nº 11.960/09. Pedido prejudicado. 4. Aplicação dos dispositivos até julgamento final das ADI 4.357 e 4.425 do STF. Modulação dos efeitos da decisão pendente. 5. Aposentadoria. Fator de conversão do tempo especial em comum. Matéria infraconstitucional. Reexame do panorama fático-probatório. Enunciados 279 e 636 da Súmula do STF. 6. Agravo regimental a que se nega provimento". (ARE 753.860-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes – destaques acrescentados)

"CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO À MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA NOS AUTOS DAS AÇÕES DIRETAS DE CONSTITUCIONALIDADE 4.357 E 4.425. APLICAÇÃO DOS ÍNDICES DE CORREÇÃO MONETÁRIA SEM CONSIDERAR A SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO DAS REFERIDAS AÇÕES DIRETAS. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO." (Rcl 16.940 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki – dest. acresc.).

8. No mesmo sentido, ainda, as seguintes decisões monocráticas: Rcl 16.984, Rel. Min. Teori Zavascki; Rcl 17.250, Rel. Min. Luiz Fux; Rcl 17.479, Rel. Min. Celso de Mello; Rcl 17.873-MC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; Rcl 17.613, Rel. Min. Dias Toffoli, entre outras.

9. A uniformidade possível da jurisprudência da Corte é um valor a ser preservado. Por essa razão, curvo-me à compreensão dominante, passando a decidir na linha do entendimento já consolidado.

10. Diante do exposto, com base no art. 161, parágrafo único, do RI/STF, julgo procedente o pedido, para cassar o acórdão reclamado, tão-somente na parte em que afastou a aplicação do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com a redação conferida pelo art. 5º da Lei nº 11.960/2009.

Publique-se. Intimem-se. Comunique-se".

Intimado a se manifestar acerca dos cálculos apresentados pela agravada, após o decidido na Reclamação, o agravante requereu a rejeição da impugnação da UNESP, sob o argumento de que: a) a nulidade da respeitável decisão proferida na Reclamação; b) a inaplicabilidade do artigo 1º-F, da Lei nº 9.494/1997, com a redação conferida pelo artigo 5º, da Lei nº 11.960/2009, ante a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de tal preceito, que determina a sua aplicação, apenas e tão somente, aos PRECATÓRIOS JÁ EXPEDIDOS; c) que o tema relativo à correção monetária e aos juros moratórios, incidentes sobre condenações impostas à Fazenda Pública, teve sua Repercussão Geral reconhecida pelo Excelso Pretório, no RE 870.947 - Tema nº 810, situação que,

Acesso ao Sumário

caso não acolhidos os argumentos expendidos, determina o sobrestamento do andamento do "mandamus". Requereu, assim, o acolhimento dos argumentos então expendidos e, alternativamente, o sobrestamento do cumprimento da sentença, até o julgamento pelo Excelso Pretório do RE nº 870.947, onde restou reconhecida a REPERCUSSÃO GERAL do tema em debate - Tema nº 810 -, relativo à correção monetária e juros moratórios incidentes sobre condenações impostas à Fazenda Pública (fls. 208/216 deste agravo).

O agravante interpôs agravo interno contra a r. decisão monocrática proferida pelo Min. do. E. STF, Luis Roberto Barroso, na Reclamação - Rcl 19772, objetivando o reexame daquela respeitável decisão (fls. 217/237 deste agravo).

No entanto, o Juízo Singular acolheu a impugnação feita pela agravada e determinou o prosseguimento da execução pelos cálculos por UNESP apresentados. Opostos embargos de declaração pelo agravante (fls. 238/254 deste agravo), estes foram rejeitados pelo Juízo de 1º. grau.

O agravo interno interposto pelo ora agravante Celso, não foi conhecido em **29.06.2017** por r. decisão monocrática proferida pelo Min. Luis Roberto Barroso, do E.STF, nos autos da Reclamação - Rcl 19772, nos seguintes termos, consoante verifiquei junto ao "site" do E. STF:

> *"(...) Tendo a decisão agravada transitado em julgado em 25.03.2015, conforme rito previsto na lei processual então vigente, o presente agravo, interposto quinze meses depois, configura-se intempestivo. Do exposto, com base no art. 21, § 1º, do RI/STF e art. 932, III, do NCPC, não conheço do agravo interno. Publique-se."*

Opostos embargos de declaração em 08.08.2017 pelo ora agravante Celso, em face da r. decisão monocrática proferida, em 26.05.2018, pelo Min. do E.STF, Luis Roberto Barroso, na Reclamação nº 19.772, que não conheceu do agravo interno, estes foram rejeitados, nos seguintes termos, consoante verifiquei junto ao "site" do E. STF:

"[...]

4. Conheço dos embargos, porquanto tempestivos. No mérito, porém, o recurso não merece provimento.

5. As alegações da parte embargante expressam inconformismo com a decisão impugnada, que não contém omissão, obscuridade, contradição ou inexatidão material.

6. Na hipótese, a decisão monocrática deixou claro que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firmou no sentido de que a reclamação, antes de atender a direitos subjetivos, visava a garantir a observância da competência e a autoridade desta Corte. Nesse contexto, o contraditório, embora possível, não constituída requisito de validade das decisões finais.

[...]

Acesso ao Sumário

11. Diante do exposto, com base no art. 1.024, § 2º, do CC/2015, rejeito os embargos de declaração, determinando-se o trânsito em julgado e a baixa imediata dos autos. Em razão do caráter manifestamente protelatório do recurso, aplico, com fundamento no art. 1.026, § 2º, do CPC/2015, multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa.

12. Nada a prover quanto às petições constantes dos docs. 24 e 26. A reclamação não é via própria para o conhecimento de fato superveniente ao trânsito em julgado da decisão de mérito".

O trânsito em julgado do decidido na Reclamação nº 19.772 se deu em 26.05.2018 (fls. 309).

Pois bem.

O agravo de instrumento não merece provimento, pelos motivos a seguir expostos.

Como bem consignado pelo Juízo Singular, a aplicação da Lei nº 11.960/2009 ficou consignada na Reclamação nº 19772 pelo E. STF, não cabendo ao Juízo de 1º Grau e a este E. Tribunal de Justiça afastá-la, **no que se refere à correção monetária (já que esta era o único objeto da reclamação efetivada pela UNESP).** A questão sobre a intimação ou não da r. decisão monocrática proferida pelo E. STF na Reclamação interposta pela agravada, deve ser discutida nos autos da Reclamação e não aqui nesta sede.

Por outro lado, importa esclarecer que conforme v. acórdão proferido em 20.09.2017, nos autos do Recurso Extraordinário nº 870.947/SE (Tema de Repercussão Geral nº 810), de que foi Relator o Ministro LUIZ FUX, foi reconhecida, com força vinculante, a inconstitucionalidade da utilização da TR para fins de atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública, no período anterior à expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor, fixando-se a seguinte tese:

> *"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."* (d.n.)

Contudo, **no caso específico dos autos, entendo que não é possível fixar a atualização monetária do valor devido por meio do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial – IPCA-E (IBGE)**, índice oficial de medição inflacionária criado em 30.12.1991, ou eventualmente outro índice que venha a ser determinado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos autos do RE acima apontado (tema 810), pois, como já explicitado neste voto, **não é**

Acesso ao Sumário

possível este Tribunal de Justiça modificar o decidido pelo E. STF nos autos da Reclamação nº 19772.

Ademais, no caso concreto, foi assentado nos autos da Reclamação nº 19772, pelo Exmo. Ministro Barroso, do E. STF que "*estão vedadas, com efeitos vinculantes, todas as declarações de inconstitucionalidade do sistema instituído pela Ec nº 62/2009 e pela Lei nº 11.960/2009, até que a Corte conclua o julgamento da modulação dos efeitos das decisões tomadas nas referidas ações diretas*" (fls. 202). Assim sendo, não é possível a este Tribunal de Justiça modificar o decidido pelo E. STF em sede de Reclamação.

Apenas o E. STF poderá, se entender o caso, modificar o que decidiu nos autos da reclamação acima apontada.

Por sua vez, há menção na r. decisão proferida na Reclamação nº 19.772 de que deveria ser aplicada a Lei nº 11.960/2009 até que aquela Corte concluísse o julgamento da modulação dos efeitos das decisões tomadas nas referidas ações diretas de inconstitucionalidade 4357 e 4425 do STF, tal condição não constou no dispositivo da r. decisão, "in verbis":

Desta feita, não houve determinação no dispositivo da r. decisão que julgou a Reclamação nº 19.772 de aplicação do tema 810 do STF (Tema nº 810), razão pela qual não é possível este Tribunal determinar, no presente momento processual, a aplicação do entendimento explicitado pelo E. STF, no que toca à correção monetária, com base no julgamento do Tema nº 810 por este E. Tribunal de Justiça.

Assim sendo, de rigor que no caso concreto haja a aplicação da Lei nº 11.960/2009 no que toca ao índice nela previsto para correção monetária, em virtude do decidido pelo E. STF na Reclamação nº 19.772.

Por outro lado, quanto aos índices aplicáveis aos juros de mora, razão também não assiste ao agravante.

Isto porque, extrai-se do relatório da r. decisão monocrática que acolheu a Reclamação nº 19.772, que o ali decidido se deu somente no que toca ao **índice aplicável a correção monetária**, portanto, em tese deveria ser mantido o índice relativos aos juros de mora fixados no título executivo judicial, qual seja: "***juros moratórios, os termos do art. 406, do Código Civil***" (fls. 106/109 deste agravo).

Contudo, no que diz respeito aos **juros moratórios**, na fase anterior aos precatórios, decidiu o A. Supremo Tribunal Federal, no mesmo RE 870947/SE, que, caso não se trate de relação jurídica de natureza tributária, a aplicação dos índices de remuneração das cadernetas de poupança nas condenações da Fazenda Pública é constitucional, devendo ser aplicada a regra do o artigo 1º-F da Lei Federal nº 9.494/1997, com redação dada pelo artigo 5º da Lei nº 11.960/2009, fixando-se a seguinte tese:

"1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº

Acesso ao Sumário

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"

(d.n.).

Desta feita, a partir de sua vigência, deve ser aplicada a Lei nº 11.960/2009 para juros de mora.

Por último, em relação ao prequestionamento, basta que as questões tenham sido enfrentadas e solucionadas no voto, como ocorreu, pois "*desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais*" (STJ EDCL. No RMS 18.205/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 18.04.2006), mas mesmo assim, para que não se diga haver cerceamento de direito de recorrer, dou por prequestionados todos os dispositivos legais referidos na fase recursal.

Diante do exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO ao agravo de instrumento**, nos termos acima indicados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2126671-10.2018.8.26.0000, da Comarca de Sertãozinho, em que é agravante MAGAZINE LUIZA S/A, é agravado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U., indicado para jurisprudência", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.522)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente sem voto), CAMARGO PEREIRA e ENCINAS MANFRÉ.

São Paulo, 9 de outubro de 2018.

MARREY UINT, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento – Execução Fiscal – Apresentação de seguro garantia objetivando o

levantamento de penhora indevida – Inteligência do artigo 9º, da Lei de Execuções Fiscais, com as alterações feitas pela Lei nº 13.043/14 – Agravo provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Magazine Luíza S/A, tirado contra decisão copiada a fls. 613, prolatada pelo MM. Juiz Nemércio Rodrigues Marques, que, em execução fiscal referente a débito de ICMS, condicionou o deferimento do pedido liminar de desbloqueio de valores à aceitação pela Fazenda Pública do seguro garantia em substituição (fls. 01/19).

Aduz a Agravante que a decisão é incorreta, já que havia ofertado seguro garantia anteriormente à penhora de seus ativos financeiros, surtindo desde então os efeitos legais autorizados pelo art. 9º, IV, da Lei de Execuções Fiscais.

Deferido o pedido de tutela a fls. 798/800.

Sem contraminuta.

É o relatório.

O artigo 151, inciso II, do CTN prevê que a exigibilidade do crédito tributário somente fica suspensa mediante depósito de seu montante integral e em dinheiro.

Contudo, a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça vem se orientando no sentido de que o oferecimento de garantia idônea é suficiente para que o referido débito não seja obstáculo para a emissão de CND, bem como para afastar a inscrição nos cadastros do CADIN:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - ICMS - Sustação do protesto das Certidões da Dívida - Ativa e suspensão da inscrição no CADIN - Oferecimento de Seguro Garantia - Possibilidade - Inteligência da Lei nº 13.043/14 - Precedentes desta Corte - Recurso provido.

(Agravo de instrumento 2216971-86.2016.8.26.0000 Relator(a): Cristina Cotrofe Comarca: Jundiaí Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público Data do julgamento: 22/02/2017 Data de registro: 01/03/2017)

Cautelar preparatória. Pedido de tutela antecipada. Sustação de protestos extrajudiciais. Exigibilidade do crédito fazendário que não se suspende com o oferecimento de seguro garantia. Caução que apenas visa a impedir a inscrição do nome do devedor no Cadin ou à obtenção de certidão positiva com efeitos de negativa. Precedentes das câmaras reservadas ao meio ambiente. Decisão mantida. Recurso desprovido. (Agravo de instrumento 2262394-06.2015.8.26.0000 Relator(a): Paulo Alcides Comarca: São Paulo Órgão julgador: 2ª Câmara Reservada

Acesso ao Sumário

ao Meio Ambiente Data do julgamento: 16/06/2016 Data de registro: 17/06/2016).

E de fato o seguro garantia pode ser oferecido como garantia da execução fiscal, nos termos do artigo 9º, da Lei de Execuções Fiscais, com as alterações feitas pela Lei n° 13.043/14, que assim dispõe:

Art. 9º - Em garantia da execução, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, o executado poderá:

I - efetuar depósito em dinheiro, à ordem do Juízo em estabelecimento oficial de crédito, que assegure atualização monetária;

II - oferecer fiança bancária ou seguro garantia;

III - nomear bens à penhora, observada a ordem do artigo 11; ou IV - indicar à penhora bens oferecidos por terceiros e aceitos pela Fazenda Pública.

(...)

§ 3º ***A garantia da execução, por meio de depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, produz os mesmos efeitos da penhora.***

(grifos nossos)

Indiscutível, portanto, a possibilidade de oferta do seguro garantia, tendo em vista ainda inexistir qualquer prejuízo à Fazenda Estadual, que poderá executar a indenização da apólice caso necessário.

Mostra-se adequada, assim, a emissão de certidão negativa de débitos (CND), a reversão do bloqueio de valores em penhora prematura e a não inclusão do nome da Agravante no cadastro de devedores e outros órgãos de proteção de crédito, desde que tal garantia seja emitida em valor correspondente ao montante atualizado.

Nesse sentido, a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Município de São Paulo. ISS. Ação Anulatória de débito fiscal. Deferimento parcial da tutela pelo Juízo "a quo". ***Pretensão à reforma. Oferecimento de seguro garantia para fins de suspensão da exigibilidade do crédito fiscal. Possibilidade. O seguro garantia não se confunde com as modalidades de penhora, mas, em paridade com a penhora e com o depósito em dinheiro, constitui modalidade especial de garantia à execução****. As demais questões relacionadas ao mérito dependem de dilação probatória e serão analisadas oportunamente, a fim de não se caracterizar supressão de instância. RECUSO PROVIDO.*

(TJSP; Agravo de Instrumento 2074663- 90.2017.8.26.0000; Relator (a): Henrique Harris Júnior; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito

Acesso ao Sumário

Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 15ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 10/05/2018; Data de Registro: 16/05/2018).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – OFERECIMENTO DE SEGURO GARANTIA – ***Pretensão de suspender a exigibilidade do débito, possibilitar a emissão de certidão de regularidade fiscal e não incluir o nome do autor no CADIN Estadual e órgãos de proteção ao crédito*** *– Decisão que deferiu e declarou suspensa a exigibilidade do crédito tributário – FESP que rejeitou a indicação – Seguro Garantia que é apto a garantir o pagamento do tributo cobrado Suspensão da exigibilidade do crédito tributário deferido com base no inciso V do art. 151 do CTN – Decisão mantida – Recurso improvido.*

(TJSP; Agravo de Instrumento 2148361-32.2017.8.26.0000; Relator (a): Maria Laura Tavares; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 15ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 05/02/2018; Data de Registro: 08/02/2018).

(grifos nossos)

De rigor, portanto, a reforma da r. decisão, a fim de que se acate a oferta anterior de seguro garantia e se realize o levantamento da penhora antes realizada, com a concessão da tutela na forma requerida.

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no STJ que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Min. Felix Fischer, DJ 08.05.2006, p. 24).

Diante do exposto, **dá-se provimento ao Agravo**.

Acesso ao Sumário

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2184377-48.2018.8.26.0000/50000, da Comarca de Campinas, em que é agravante INCORPEX EMPREENDIMENTOS LTDA., é agravado MUNICÍPIO DE CAMPINAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito

Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.589)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVA RUSSO (Presidente sem voto), EUTÁLIO PORTO e RAUL DE FELICE.

São Paulo, 9 de outubro de 2018.

RODRIGUES DE AGUIAR, Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO em AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO – IPTU de 2013 a 2018 – Município de Campinas – LIMINAR – REQUISITOS – AUSÊNCIA, pois não se percebe *fumus boni iuris* na alegação de que o imóvel tributado não estaria na PGV – Planta Genérica de Valores, contida nas Leis Municipais 12.446/2005 e 15.136/2015 – Por ora, incabível suspender a exigibilidade do crédito tributário – Mantido o improvimento do 1º agravo – RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

1. Agravo de instrumento da autora INCORPEX EMPREENDIMENTOS LTDA., contra r. decisão copiada às fls. 636, proferida em ação ordinária proposta contra o MUNÍCIPIO DE CAMPINAS, pelo qual a recorrente pretende: a) liminar para suspender a exigibilidade de IPTU dos exercícios de 2013 a 2018, dos exercícios de 2013 a 2016 pretendidos por meio de execução fiscal; b) sustação de protesto. Alega que, em relação ao imóvel descrito na petição recursal, o lançamento do imposto efetivado pelo Município seria ilegal, ao argumento de que seu valor venal não consta na PGV – Planta Genérica de Valores trazida pelas Leis Municipais 12.446/2005 e 15.136/2015, o que violaria a Lei Municipal 11.111/2001, a súmula 160 do egrégio STJ e o princípio da legalidade.

2. A r. decisão agravada indeferiu tal pretensão, ao fundamento de que, por ora, não é incontroverso que o imóvel não esteja na PGV – Planta Genérica de Valores, especialmente por se cuidar de loteamento que não é recente, donde a necessidade do contraditório para que o Município réu esclarece o valor venal do imóvel tributado.

3. Recurso tempestivo, com preparo (fls. 10/11) e peças obrigatórias (fls. 587, 636, 639), motivo pelo qual pode ser conhecido, sendo, porém, improvido por decisão monocrática deste Relator, ao fundamento de que ausente o

Acesso ao Sumário

alegado *fumus boni iuris* na alegação de que o imóvel tributado não estaria na PGV – Planta Genérica de Valores, contida nas Leis Municipais 12.446/2005 e 15.136/2015, de modo que incabível suspender a exigibilidade do crédito tributário, razão pela qual foi mantido o indeferimento liminar de 1º Grau.

4. Sobreveio tempestivo agravo interno, pelo qual se pretende que a questão seja levada ao Colegiado. Não há oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

5. Improcede a pretensão recursal, mesmo porque não há inovação argumentativa, nem documental.

O art. 1.019, I, do CPC/15, possibilita ao Relator do agravo de instrumento atribuir efeito suspensivo ao recurso, ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcial, a pretensão recursal.

Por sua vez, depreende-se do Parágrafo Único do art. 995 do CPC/15 que a eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

Por meio do agravo de instrumento, a recorrente pretende: a) liminar para suspender a exigibilidade de IPTU dos exercícios de 2013 a 2018, dos exercícios de 2013 a 2016 pretendidos por meio de execução fiscal (fls. 610); b) sustação de protesto.

Alega a recorrente que, em relação ao imóvel descrito na petição recursal, o lançamento do imposto efetivado pelo Município seria ilegal, ao argumento de que seu valor venal não consta na PGV – Planta Genérica de Valores trazida pelas Leis Municipais 12.446/2005 e 15.136/2015, o que violaria a Lei Municipal 11.111/2001, a súmula 160 do egrégio STJ e o princípio da legalidade.

No caso, não é possível suspender a exigibilidade do crédito tributário acima mencionado, tendo em vista a não demonstração do alegado *fumus boni iuris.*

Acesso ao Sumário

De início, nada há nestes autos sobre o alegado protesto, motivo pelo qual não pode ser acolhida tutela jurisdicional neste sentido.

Outrossim, assinale-se que o IPTU de 2018 está suspenso, conforme comprova o demonstrativo de débito encartado a autos (fls. 607). Assim, não cabe pedido liminar para suspender o que já está suspenso.

No mais, considerada a prova encartada nestes autos, não é possível perceber *fumus boni iuris* na alegação de ilegalidade dos lançamentos.

Com efeito, as Leis Municipais 12.446/05 (fls. 12/219) e 15.136/15 (fls. 220/571), em suas épocas, veicularam PGV – Plantas Genéricas de Valores, nas quais, em relação aos imóveis situados no território de Campinas, constam,

entre outros dados: ID da face da quadra imobiliária; descrição dos loteamentos; ID e descrição dos logradouros; códigos estruturados; valor do metro quadrado do terreno (m²).

Pelo menos em fase de juízo liminar, os dados cadastrais do imóvel tributado junto à Prefeitura (fls. 605), comparado com a descrição contida na inicial da ação (fls. 572/86) e no demonstrativo de débito do IPTU de 2013 a 2017 (fls. 607, 608), evidenciam uma descrição compatível com os dados existentes na PGV – Planta Genérica de Valores vigente a cada época, especialmente, se considerados os dados descritivos do imóvel: matricula 117535; lote 12-C; quadra 06746 B; loteamento Sítios Gramado; código cartográfico 34246108093700000.

Nesta perspectiva, não seria possível afirmar que o imóvel tributado não está incluído na PGV – Planta Genérica de Valores veiculada pelas leis municipais acima mencionadas.

É oportuno registrar que o caso em tela não se confunde com os casos em que há loteamento novo não abrangido pela PGV – Planta Genérica de Valores, tampouco trata de lançamento baseado em laudo técnico elaborado pelo Departamento de Receitas Imobiliárias da Prefeitura Municipal, nos termos do art. 16, §§4º e 5º, da Lei 11.111/2001, conforme sinaliza a r. decisão agravada.

Assim, ao contrário do sustentado pela recorrente, não se trata de inclusão de novas áreas na PGV – Planta Genérica de Valores, como loteamentos ou pela expansão dos limites da zona urbana, o que demandaria a edição de Lei Municipal nova com o intuito de incluir essas áreas.

Ao revés, a discussão tratada nos autos versa sobre a necessidade de a Planta Genérica de Valores do Município de Campinas, instituída pelas Leis Municipais nº 12.446/2005 e 15.136/2015, prever especificamente o Código Cartográfico condizente com o imóvel da recorrente.

De fato, os documentos trazidos aos autos demonstram que não há código cartográfico específico para cada lote, o que, aliás, demandaria o cadastramento de cada um dos imóveis existentes no Município, bem como a avaliação de cada um deles, o que, contudo, fugiria do escopo da criação de um mapa de valores.

Por outro lado, há expressa indicação do logradouro nas citadas leis, que instituem a Planta Genérica de Valores do Município, que preveem códigos de face de quadra de diversos loteamentos e bairros, entre eles o Bairro no qual está inserido o imóvel do autor, denominado Sítios de Recreio Gramado.

Ora, o intuito da Planta Genérica de Valores é prever critérios objetivos e determinar os valores unitários médios do metro quadrado de terreno por código cartográfico de logradouros do Município, podendo inclusive adotar a face da quadra como parâmetro.

Vale mencionar, no mesmo sentido, que há decisão proferida pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal que ainda se mantém atual em relação ao

Acesso ao Sumário

seu conteúdo, eis que enfatiza o escopo da Planta Genérica de valores, como se extrai de trecho do voto, que cita a lição do Ministro Moreira Alves:

> *"A fixação dos novos valores do metro quadrado conforme o local do terreno e a qualidade da construção não se faz imóvel por imóvel, mas com base em critérios gerais que atendem às diferenças de localização e de qualidade, e critérios esses que podem, perfeitamente, ser estabelecidos por lei. (...) É o que o que sucede com as plantas gerais de valores, há a fixação, por meio de norma jurídica, de valores genéricos, e portanto, presumidos, que permitem chegar para cada imóvel, a uma base de cálculo concreta, mas presumida (o valor venal que se presume seja o daquele imóvel).* (RE 109.903-8/MG, Rel. Ministro CARLOS MADEIRA, SEGUNDA TURMA, DJ 26/06/1987).

Nesse ponto, como lembra Geraldo Ataliba, não é razoável que a planta genérica traga, como quer a recorrente, a descrição individualizada de cada um dos imóveis, desde que existam dados suficientes que permitam extrair o valor venal do imóvel. Confira-se:

> *"(...) a planta de valores imobiliários, como instrumento infralegal balizador do lançamento –, tem o mesmo cunho deste. Não é ato constitutivo. Não inova a ordem jurídica. Não altera a lei. Não muda o Direito existente. Não constitui a obrigação tributária. (...) Por ser uma condição, pressuposto, ou mesmo parte do ato declaratório do lançamento, é ato que simplesmente declara os valores imobiliários existentes". (*cf. citado em Furlan, Valéria. IPTU, 2º edição, Malheiros, 2010, p. 192).

Soma-se se a isso que não há qualquer irregularidade em relação à adoção de valores relativos à face da quadra do imóvel, isto é, observar para qual logradouro o imóvel faz frente, uma vez que a Lei Municipal 11.111/2001, que dispõe sobre o IPTU, expressamente adotou como parâmetro para efeito de adoção do valor unitário do metro quadrado o valor do m² da face do imóvel, como extrai do art. 13 de mencionado normativo:

> *Art. 13 - Os valores unitários, definidos como valores médios para terrenos e construções, serão atribuídos:*
>
> *a) a faces de quadras, a quadras, quarteirões, logradouros, trechos de logradouros ou a regiões determinadas, relativamente aos terrenos;*

Com efeito, o mapa de valores estabelece apenas uma presunção legal relativa, de modo que a existência de distorções em relação ao valor permite que o contribuinte afetado recorra, no âmbito administrativo e judicial, do valor considerado.

Demais disso, é de se consignar que em nenhum momento a recorrente questionou o valor venal atribuído ao imóvel, tampouco trouxe qualquer elemento que demonstre que o valor lançado pelo Município é maior que o valor de mercado do imóvel, uma vez que, nos termos do art. 33 do CTN, o valor venal é uma estimativa de preço com base no preço do imóvel em uma transação

de compra e venda à vista, não sendo possível extrapolar esse valor.

Note-se que no instrumento de aquisição do imóvel, subscrito em agosto de 2017, constou que o IPTU de 2013 a 2017 seria responsabilidade do transmitente (fls. 630/ss), de modo que a pretensão recursal foi exercida em favor de terceiro, o que não pode ser admitido.

Pelos fundamentos e explicações acima expostos, mantém- se o improvimento do 1º Grau, tendo em conta a falta do alegado *fumus boni iuris.*

Pelo meu voto, recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2145989-76.2018.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante LIPPAUS LOGISTICA LTDA., é agravado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Não conheceram do recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.287)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BANDEIRA LINS (Presidente) e ANTONIO CELSO FARIA.

São Paulo, 17 de outubro de 2018.

LEONEL COSTA, Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO – INADMISSIBILIDADE – CABIMENTO DO RECURSO APENAS CONTRA DECISÃO PROFERIDA MONOCRATICAMENTE POR RELATOR – Recurso interposto visando à reforma do acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento colegiadamente – Agravo interno cujo cabimento é restrito às decisões proferidas pelo relator, visando à preservação do princípio da colegialidade – Recurso não conhecido, por ser inadmissível.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de agravo interno contra v. acórdão de fls. 297/310, que negou

provimento ao agravo de instrumento interposto contra decisão que, em execução fiscal promovida pela Fazenda do Estado, indeferiu pedido de liberação de bloqueio de valores, por votação unânime.

Alega que a execução deve ser feita pelo meio menos gravoso ao executado. Requer a remessa do presente Agravo Interno à Câmara para que seja devidamente conhecido e provido pelo colegiado.

É o relatório do necessário.

Voto.

No caso dos autos, o agravo de instrumento foi julgado pelo colegiado, em 12/09/2018, sendo negado provimento por unanimidade.

A parte exequente, então, interpôs o presente recurso de agravo interno.

Pois bem.

O agravo interno, previsto no artigo 1021 do CPC/2015, é recurso cabível contra as decisões do relator, visando a submetê-la ao colegiado, qualquer que seja o seu conteúdo. Logo, o seu cabimento é restrito à impugnação de decisões proferidas monocraticamente.

Mencione-se a redação do referido dispositivo, *in litteris*:

> Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.
>
> § 1º Na petição de agravo interno, o recorrente impugnará especificadamente os fundamentos da decisão agravada.
>
> § 2º O agravo será dirigido ao relator, que intimará o agravado para manifestar-se sobre o recurso no prazo de 15 (quinze) dias, ao final do qual, não havendo retratação, o relator levá-lo-á a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta.
>
> § 3º É vedado ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno.
>
> § 4º Quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa.
>
> § 5º A interposição de qualquer outro recurso está condicionada ao depósito prévio do valor da multa prevista no § 4º, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que farão o pagamento ao final.

Oportuno trazer à colação o magistério de Humberto Theodoro Júnior, segundo o qual:

> "segundo o NCPC, não existe mais decisão monocrática irrecorrível prolatada pelo relator. Nos termos do art. 1.021, caput, 'contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão

Acesso ao Sumário

colegiado'. Isso porque mostra-se inconstitucional qualquer barreira regimental imaginada para impedir o reexame dos *decisuns* singulares do relator pelo colegiado competente para a apreciação do recurso primitivo.

O agravo interno, destarte**, preserva o princípio da colegialidade, garantindo que decisões singulares sejam revistas pelo órgão colegiado a quem toca o recurso**. Afinal, os recursos e as causas de competência originária são endereçadas ao tribunal e não ao relator, de sorte que suas decisões singulares, embora autorizadas, não suprimem a competência principal do colegiado. (*in* Curso de Direito Processual Civil, Vol. III, 50ª ed., 2017, p. 1318).

O agravo interno é, portanto, incabível na hipótese dos autos, pois interposto contra acórdão proferido por órgão colegiado, fugindo ao escopo do próprio recurso.

Diante do exposto, voto para não conhecer do recurso.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1016522-81.2017.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante JAIME TADAO MARUYAMA, são apelados MLINER BALDAN, PREFEITURA MUNICIPAL DE GAVIÃO PEIXOTO e MARIA SYLVIA DALMIGLIO BALDAN.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, por maioria, vencido o Relator. Em julgamento estendido, participaram os Desembargadores Aliende Ribeiro e Vicente Amadei, que acompanharam a maioria. Acórdão com o 2º juiz. Declara voto vencido o Relator.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.517)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, vencedor, DANILO PANIZZA, vencido, VICENTE DE ABREU AMADEI (Presidente), RUBENS RIHL e ALIENDE RIBEIRO.

São Paulo, 7 de agosto de 2018.

LUIS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, Relator Designado

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE SENTENÇA – Parte que não foi incluída no polo passivo de ação anterior embora fosse o caso de litisconsórcio passivo necessário – Cabimento da ação declaratória – Precedentes – Recurso provido.

VOTO

Apelação contra a sentença de fl. 528, que extinguiu, sem julgamento do mérito, a ação declaratória de nulidade de sentença, apontando ser cabível a ação rescisória. A sentença foi mantida (fl. 536) após a interposição de embargos de declaração (fls. 530-535).

Recorre o autor esclarecendo que a sentença proferida nos autos do processo nº 1004635-08.2014.8.26.0037 condenou a PREFEITURA MUNICIPAL DE GAVIÃO PEIXOTO a reabrir e manter a "Estrada Velha", que atravessa imóvel de sua – do autor – propriedade. Acrescenta que, por isso, o caso era de litisconsórcio passivo necessário, mas que não foi incluído no polo passivo daquela ação. Alega que a sentença recorrida é nula, nos termos do art. 489, § 1º, VI c/c art. 11 do CPC, por deixar de seguir os julgados invocados na inicial e nos embargos de declaração, cujo entendimento é de que é de competência da 1ª Instância o julgamento de ações declaratórias de nulidade de sentença (*querela nulitatis insanabilis*). Pede a tutela de urgência para determinar a suspensão do processo nº 1004635-08.2014.8.26.0037, em fase de cumprimento de sentença e o provimento do recurso para que a sentença seja reformada para determinar o prosseguimento do processo, em 1º Grau, com a citação dos apelados (fls. 540-555).

Recurso tempestivo e preparado (fls. 556-557); contrarrazões às fls. 573-579, por MLINER BALDAN e SYLVIA DALMIGLIO BALDAN, pugnando pela manutenção da sentença. Regularmente intimada (fl. 571), a PREFEITURA MUNICIPAL DE GAVIÃO PEIXOTO deixou de oferecer contrarrazões (fl. 592).

É o relatório.

Trata-se de ação ajuizada por JAIME TADAO MARUYAMA para declara a nulidade da sentença (*querela nulitatis insanabilis*) proferida nos autos do processo nº 1004635-08.2014.8.26.0037, ajuizado por MLINER BALDAN e SYLVIA DALMIGLIO BALDAN para condenar a PREFEITURA MUNICIPAL DE GAVIÃO PEIXOTO a reabrir e manter a "Estrada Velha", que dava acesso à propriedade dos autores da primeira ação.

Para o autor cabe a ação declaratória e, portanto, deve ser regularmente processada a ação proposta, pois ele não foi parte na primeira ação e a sentença

Acesso ao Sumário

condenatória implica abertura de passagem na sua propriedade, obrigação por ele questionada.

Sem prejuízo de posterior e necessária avaliação a respeito da condição de bem público da via municipal, de eventual abandono e mesmo do seu trajeto, em princípio, aplicável o art. 47 do CPC/73, correspondente ao art. 114 do CPC/15, no sentido de que a eficácia da sentença proferida naquela ação de obrigação de fazer afeta a esfera jurídica do ora apelante (sua propriedade suportará a passagem).

Como se sabe "o litisconsórcio será necessário, quando sem a presença de todos os co-legitimados o provimento não puder produzir os efeitos que lhe são próprios".[1] Aqui, em princípio, os efeitos da decisão na ação de obrigação de fazer são "incindíveis", daí a obrigatoriedade de citação dos envolvidos.

Embora atualmente seja defendida certa flexibilidade, parte da doutrina aponta que a ação rescisória pressupõe a existência da coisa julgada a qual, por sua vez, exige a formação de uma relação processual válida; se não houve citação quando era obrigatória ou se a citação foi nula, não há relação jurídica válida e, consequentemente, não há coisa julgada.[2]

Como as hipóteses para o exercício da ação rescisória previstas no art. 485 do CPC/73, correspondente ao art. 966 do CPC/2015, são taxativas, forte jurisprudência tem afastado, em tais casos, a possibilidade de uso da ação rescisória, apontado a adequação da ação declaratória, na forma proposta.

Assim já decidiu o STJ: ***"a ausência de citação não convalesce com a prolação de sentença e nem mesmo com o transito em julgado, devendo ser impugnada mediante ação ordinária de declaração de nulidade. A hipótese não se enquadra no rol exaustivo do art. 485 do Código de Processo Civil, que regula o cabimento da ação rescisória"*** (REsp 1.333.887/MG, Min. Maria Isabel Gallotti, j. 25.11.2014); ***"o art. 485 em comento não cogita, expressamente, da admissão da ação rescisória para declaração de nulidade por ausência de citação, pois não há que se falar em coisa julgada na sentença proferida em processo em que não se formou a relação jurídica apta ao seu desenvolvimento. É que nessa hipótese estamos diante de uma sentença juridicamente inexistente, que nunca adquire a autoridade da coisa julgada. Falta-lhe, portanto, elemento essencial ao cabimento da ação rescisória, qual seja a decisão de mérito acobertada pelo manto da coisa julgada. Dessa forma, as sentenças tidas como nulas de pleno direito e ainda as consideradas inexistentes, a exemplo do que ocorre quando proferidas sem assinatura ou sem dispositivo, ou ainda quando prolatadas em processo em que ausente citação válida ou quando o litisconsorte necessário não integrou o polo***

1 DINAMARCO, Candido Rangel, *Listisconsórcio*, São Paulo, RT, 2ª ed. 1986, p. 133.

2 Nesse sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, Rio de Janeiro, Forense, p.654.

Acesso ao Sumário

passivo, não se enquadram nas hipótese de admissão da ação rescisória, face a inexistência jurídica da própria sentença porque inquinada de vício insanável" ..." O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já se posicionaram no sentido de que o vício apontado como ensejador da rescisória é, em verdade, autorizador da querela nullitatis insanabilis. Precedentes : do STF RE 96.374/GO, Min. Moreira Alves; do STJ REsp 62.853/GO, Min. Fernando Gonçalves" (AR 569/PE, Min. Mauro Campbell Marques, j. 22092010).

Mais recentemente o STJ tem admitido o uso de ambas as ações, rescisória e declaratória, como meio de facilitar o exercício do direito alegado,[3] o que corresponde a posição defendida por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, no sentido de que se o litisconsórcio era necessário por força de lei e não foi observado, cabe rescisória por violação de texto legal.[4]

Ambos os posicionamentos, contudo, recomendam seja processada a ação, com a formação da relação processual a fim de avaliar a situação jurídica alegada.

Ante o exposto, meu voto é pelo provimento do recurso para afastar a extinção e determinar o prosseguimento do processo, em 1º Grau.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 32.684)

Ouso divergir da douta maioria.

A presente pretensão é de reforma da decisão que rejeitou o intento de desconstituir acórdão por decisão de primeiro grau, em termos de rescindi-lo, indicando a via procedimental da ação rescisória.

Na verdade, a dita sentença, esta proferida pelo Juízo singular veio a ser confirmada pelo acordão, decisão colegiada proferida na apelação n.1004635-08.2014.8.26.0037, todavia, o autor, ora apelante, insiste no intento de nulidade "*de sentença*", mas que, na verdade, se trata de decisão colegiada, através da presente via procedimental, invocando da ausência de litisconsórcio necessário (art.114, do CPC) e afirmando da competência do Juízo de primeiro grau para concluir da nulidade da decisão.

A pretensão de nulidade da decisão que rejeitou a proposição, desconsiderada que não há competência processual para o Juízo singular anular acordão.

A sentença ora recorrida, embora singela é clara quanto a incompetência para desconstituir acórdão, o que motivou o não conhecimento do pedido,

Acesso ao Sumário

3 3ª Turma, REsp nº 1456632, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 7.2.2017, DJe 14.2.2017.

4 Instituições de Direito Processual Civil, v. 2, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 363.

considerando a ausência de respaldo legislativo pra pedido desta ordem.

Mesmo havendo vício de procedimento, como é o caso da alegada ausência de litisconsórcio passivo necessário, a via procedimental para ensejar o reconhecimento do alegado vício não é a presente, uma vez que, há uma sequência hierárquica de recurso a seguir consoante a elucidativa doutrina de Vicente Greco Filho: "*É evidente que a lei, quando se refere a* ***sentença****, não está excluído os acórdãos dos tribunais, que são, também, rescindíveis nas mesmas hipóteses legais. Sentença é todo o ato terminativo de mérito, seja ele de juiz, seja ela de tribunal, para fins de ação rescisória, mudando, apenas, a competência para o processo e julgamento da ação*" (cf. Direito Processual Civil Brasileiro, Ed. Saraiva, 18ªed., pag.441).

Nesta sequência, não é desprezível a orientação de que: "*A competência para rescisória é dos tribunais, segundo a seguinte regra: se trata de rescisão de sentença, é competente o órgão do tribunal que seria competente para o julgamento da apelação que poderia ter sido interposta; se a rescisão é de acordão, é competente o próprio tribunal que a proferiu, com alteração, se for o caso, do órgão interno julgador, segundo as regras de organização judiciária que estruturam o tribunal...*" (op. cit., pag.444).

Nessa esteira, pode ser considerada prejudicada a pretensão de tutela de urgência, inclusive suficientemente sopesada nos autos de n.2120953-32.2018.8.26.0000, julgado em 26.06.2018, não comportando recepção o intento de reforma ou de nulidade da decisão que rejeitou o pedido.

Com isto, nega-se provimento ao recurso.

DANILO PANIZZA, Desembargador Relator vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3001913-88.2013.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado SILVIO RENATO NUNES (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Decisão Mantida. V.U. , de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.237)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente sem voto), EDUARDO GOUVÊA e LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 5 de setembro de 2018.
MAGALHÃES COELHO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Aposentadoria – Abono de permanência – Isenção de contribuição previdenciária – Policial militar com tempo para aposentadoria voluntária que continua em atividade – Artigo único das Disposições Transitórias da LCE nº 943/03 – LCE nº 1.012/07 – Aplicabilidade aos militares – Inaplicabilidade da integralidade da Lei 11.960 – Sentença de procedência mantida – Recurso não provido – Readequação – Art. 1.040, inciso II, do CPC – Incidência de tese em repercussão geral – Tema 905 STJ – Decisão mantida.

VOTO

Vistos, etc.

I. Trata-se de ação proposta por policial militar, em face da Fazenda do Estado de São Paulo, sustentando, em síntese, que, embora tenha completado, em agosto de 2012, o tempo de serviço necessário à sua reforma, optou por continuar em atividade, razão pela qual objetiva o reconhecimento ao abono de permanência, assim como os atrasados, desde a data que deveria ter sido pago, com a devida correção monetária e juros de mora, assim como, o apostilamento.

II. O pedido foi julgado procedente, com fundamento no artigo 269, I, do Código de Processo Civil, para condenar a Fazenda Pública do Estado de São Paulo a implantar o abono de permanência em favor do autor, e isentando-o do pagamento da contribuição previdenciária compulsória, e a reembolsar todas as contribuições indevidamente descontadas do autor, desde a época que o abono deveria ter sido concedido, com correção monetária de acordo com o IPCA, índice que reflete a inflação acumulada no período, a partir de cada desconto e juros de mora, de 1% ao mês, contados do trânsito em julgado da sentença. Sucumbente, a requerida, isenta de custas, arcará com o pagamento de honorários advocatícios fixados em 15% do valor atualizado da condenação.

III. Interposto recurso de apelação pela Fazenda do Estado de São Paulo, pugnando pela reforma da sentença de mérito, o qual foi negado provimento.

IV. Por ocasião do julgamento do REsp nº 1.495.146/MG, Tema nº 905 STJ, decidiu-se, em síntese, que nas **condenações judiciais de natureza administrativa em geral**, sujeitam-se aos seguintes encargos: a) até dezembro/2002: juros de mora de 0,5% ao mês; correção monetária de acordo com os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque

Acesso ao Sumário

para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; b) no período posterior à vigência do CC/2002 e anterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora correspondentes à taxa Selic, vedada a cumulação com qualquer outro índice; c) período posterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança; correção monetária com base no IPCA-E.

V. Assim, os autos foram devolvidos à Turma Julgadora em cumprimento ao disposto no artigo 1.040, inciso II, do CPC.

É o relatório.

Nos autos do REsp nº 1.495.146/MG, Tema nº 905 STJ, firmou-se a tese de que nos débitos da Fazenda Pública sobre as condenações oriundas de natureza administrativa em geral:

a) até dezembro/2002: juros de mora de 0,5% ao mês; correção monetária de acordo com os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001;

b) no período posterior à vigência do CC/2002 e anterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora correspondentes à taxa Selic, vedada a cumulação com qualquer outro índice;

c) período posterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança; correção monetária com base no IPCA-E.

Todavia, mantém-se a sentença no que tange aos juros e correção monetária, para que não haja violação do princípio da *reformatio in pejus*.

Daí o porquê, mantém-se o acórdão anteriormente proferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1007198-58.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARIA DA GRAÇA DUBIEL BORGES, são apelados FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Mantiveram o decidido, com imposição de multa. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.936)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores TORRES DE CARVALHO (Presidente sem voto), ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ e ANTONIO CARLOS VILLEN.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 9 de setembro de 2018.
TERESA RAMOS MARQUES, Relatora

Ementa: SERVIDOR ESTADUAL

Condenação da Fazenda – Juros e correção monetária – Tema 810 do STF – Tema 905 do STJ – Lei 11.960/09 e IPCA-E – Possibilidade:

– Nas condenações da Fazenda em favor de servidor, os juros são calculados à taxa de 6% ao ano até o advento da Lei 11.960/09, pautando-se pelo art. 5º desta a partir de então; e a correção se pauta pelo IPCA-E, índice seguido pelos tribunais superiores e adotado pela tabela prática.

VOTO

RELATÓRIO

Em 20.10.2014 foi prolatado acórdão (fls. 64/71), no qual foi dado provimento à apelação da autora, Maria da Graça Dubiel Borges, para julgar procedente a demanda e condenar a Fazenda do Estado, ré, a calcular a sexta parte sobre os seus vencimentos integrais, excluídas apenas as verbas eventuais e aqueles acréscimos pecuniários que já contivessem o adicional em sua base de cálculo e a pagar as diferenças vincendas e vencidas, não atingidas pela prescrição quinquenal, corrigidas pela tabela prática deste Tribunal e acrescidas de juros de 6% ao ano.

Diante da interposição de recurso extraordinário (fls. 74/92) e do julgamento do Tema 810 pelo STF (fl. 97), a Presidência devolveu os autos para eventual adequação.

Em acórdão de 18.12.2017 (fls. 104/108), promoveu-se a adequação do decidido para que fosse aplicada a Lei 11.960/09 somente aos juros, mantido o acórdão quanto ao mais.

Interpostos embargos de declaração pela Fazenda (fls. 113/118), foram eles rejeitados com imposição de multa (fls. 120/124).

Diante da interposição de novo recurso extraordinário (fls. 129/136), bem como de recurso especial (fls. 138/151), ambos pela Fazenda, devidamente contrarrazoados (fls. 154/158), e em virtude do julgamento do Tema 905 pelo STJ (fls. 159/163), o Presidente da Seção de Direito Público, considerando o julgamento do mérito do REsp nº 1.495.146/MG, Tema nº 905, STJ, DJe 02/03/2018, no sentido de que (1) o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), para fins de correção monetária, não é aplicável

nas condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza; (2) o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), na parte em que estabelece a incidência de juros de mora nos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, aplica-se às condenações impostas à Fazenda Pública, excepcionadas as condenações oriundas de relação jurídico-tributária; e (3) nas condenações de natureza tributária, a correção monetária e a taxa de juros de mora incidentes na repetição de indébitos tributários devem corresponder às utilizadas na cobrança de tributo pago em atraso; não havendo disposição legal específica, os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês (art. 161, § 1º, do CTN); observada a regra isonômica e havendo previsão na legislação da entidade tributante, é legítima a utilização da taxa Selic, sendo vedada sua cumulação com quaisquer outros índices; bem como o julgamento do Tema 810 do STF; encaminhou estes autos ao relator, conforme o disposto no inc. IV do art. 108 e *caput* do art. 109, para reapreciação das questão nos termos do inc. II do art. 1.030 do NCPC.

FUNDAMENTOS

1. Em 22.2.2018, o STJ julgou o Tema 905 dos recursos repetitivos, para fixar, entre outros, os seguintes entendimentos:

> *"**1. Correção monetária:** o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), para fins de correção monetária, não é aplicável nas condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza.*
>
> *(...)*
>
> ***2. Juros de mora:** o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), na parte em que estabelece a incidência de juros de mora nos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, aplica-se às condenações impostas à Fazenda Pública, excepcionadas as condenações oriundas de relação jurídico-tributária.*
>
> ***3. Índices aplicáveis a depender da natureza da condenação**.*
>
> *(...)*
>
> ***3.1.1 Condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos.***
>
> *As condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até julho/2001: juros de mora: 1% ao mês (capitalização simples); correção monetária: índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) agosto/2001 a junho/2009: juros de mora: 0,5% ao mês; correção monetária: IPCA-E; (c) a partir*

Acesso ao Sumário

de julho/2009: juros de mora: remuneração oficial da caderneta de poupança; correção monetária: IPCA-E".

Dessa forma, alinhado ao entendimento firmado pelo STJ (Tema 905, e considerando que no caso em tela ainda não houve a expedição de precatório, bem como se trata de matéria não-tributária que envolve o pagamento de sexta-parte a partir de 16.10.2008 (quinquênio anterior ao ajuizamento da demanda – fl. 1), os juros devem ser calculados à taxa de 0,5% ao mês até o advento da Lei 11.960/09, quando então se pautará por esta, e a correção monetária pelo IPCA-E.

Portanto, considerando que no acórdão (fls. 64/71) fora determinada a aplicação da Tabela Prática, que segue os índices adotados pelos tribunais superiores, e que na adequação (fls. 104/108) foi determinado que se aplicasse a Lei 11.960/09 aos juros de mora, nada mais há a adequar.

2. Entretanto, é preciso fazer as seguintes observações.

Conforme relatado, já se pronunciou este Colegiado, em juízo de adequação, a respeito do julgamento do Tema 810 do STF (fls. 104/108).

O que a Fazenda busca é, mais uma vez, alterar a conclusão do julgado por meio de nova adequação, o que, por óbvio, é incabível, sob pena de jamais se encerrar o processo: a cada julgamento em adequação, interpõe a Administração recurso especial ou extraordinário, repetindo-se o trâmite com juízo de admissibilidade pela Presidência e remessa ao Colegiado para nova adequação, perpetuando-se indefinidamente a demanda.

Note-se que contra o acórdão original (fls. 64/71), a Fazenda interpôs somente recurso extraordinário (fls. 74/92).

Portanto, tentar reabrir o juízo de adequação implica flagrante litigância de má-fé, que, por sinal, já havia se configurado (fls. 120/124) quando da interposição de embargos de declaração (fls. 113/118).

Nesse contexto, já tendo havido juízo de adequação, bem como aplicação de multa por litigância de má-fé, a insistência da Fazenda em rediscutir tese exaustivamente debatida e afastada enseja a aplicação de nova sanção processual, em razão da oposição de resistência injustificada ao andamento do processo e interposição de recurso com intuito manifestamente protelatório (art. 80, IV e VII, do NCPC, respectivamente).

Nem se diga que a imposição de multa por litigância de má-fé quando do julgamento dos embargos de declaração abriria a faculdade processual para a interposição de recurso especial, porque, querendo a Fazenda impugnar a sanção, deveria ter aditado o recurso originalmente interposto e cujo juízo de adequação fora realizado, justamente para que não haja a perpetuação da demanda.

Assim, promovida a adequação e aplicada a multa, não concordando com a sanção, cabia à Administração aditar o recurso para contemplar este fato

Acesso ao Sumário

superveniente.

Ressalte-se que no julgamento dos embargos de declaração (fls. 120/124), já se havia indicado a recalcitrância da Fazenda e a gravidade da sua conduta em abarrotar o Judiciário de forma irresponsável, bem como o reduzido valor da causa (R$ 1.000,00 – fl. 9), o que justificaria a fixação da multa em 4 salários mínimos, data-base 2017.

Dessa forma, a insistência da Fazenda deve ser coibida de forma mais veemente, ensejando a fixação da multa em 10 vezes o salário mínimo, data-base 2018.

Destarte, pelo meu voto, mantenho o decidido, com aplicação de multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006934-27.2017.8.26.0077, da Comarca de Araçatuba, em que é apelante JULIANO PEREIRA SEVIOLI, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.987)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICENTE DE ABREU AMADEI (Presidente sem voto), LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ e RUBENS RIHL.

São Paulo, 3 de setembro de 2018.

DANILO PANIZZA, Relator

Ementa: APELAÇÃO – ATO ADMINISTRATIVO – Professor Pedagogo no Município de Birigui – Concurso público – Perícia Médica que declarou o candidato inapto por apresentar Síndrome Metabólica (Obesidade Grau III, Hiperuricemia e DM) associada a creptações em joelhos – Candidato que já exerce a função de Professor – Apenas a aferição da doença não é capaz de eliminar o candidato do concurso público, vez que a inaptidão deve decorrer de limitações ao exercício laborativo inerente a função a ser desempenhada. Não há comprovação de qualquer limitação ou comprometimento funcional que impeça

Acesso ao Sumário

o candidato de tomar posse e exercer suas funções.
Decisão reformada – Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Juliano Pereira Sevioli interpôs mandado de segurança em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, perante o Juízo da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Araçatuba, visando a anulação de ato administrativo, aduzindo que exerce a função de professor pedagogo na rede municipal do Município de Birigui/SP, professor substituto e prestou concurso para o cargo de Professor de Educação Básica II Arte em nível Estadual, sendo aprovado em 12º lugar, e ao ser convocado para perícia médica de ingresso, foi considerado inapto para o cargo por ser considerado obeso. Alega que a decisão é discriminatória e fere o princípio da isonomia. Pede a concessão da liminar para que seja reservada sua vaga até o julgamento e, no mérito, a concessão definitiva da segurança, determinando a concessão da vaga.

O pedido de concessão da liminar foi indeferido (fls. 76).

A r. sentença de fls. 114/122, julgou improcedente o pedido e, consequentemente, extinto o processo com julgamento do mérito, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil. Sem custas e despesas. Deixou de arbitrar honorários com base nas súmulas 512 e STJ 105.

O autor apelou a partir de fls. 124, reiterando o seu pedido inicial, bem como reforma da r. sentença e o provimento do recurso.

As contrarrazões vieram a partir de fls. 163.

É o relatório.

A questão debatida nos presentes autos diz respeito à reprovação do apelante no exame médico realizado pelo Departamento de Perícias Médicas do Estado de São Paulo – DPME, que a considerou inapto para o exercício do cargo de Professor de Educação Básica II, da Secretária da Educação, sob a justificativa de apresentar Síndrome Metabólica (Obesidade Grau III, Hiperuricemia e DM) associada a creptações em joelhos), o que impossibilita o exercício pleno das atribuições inerentes ao cargo pleiteado.

A perícia médica indicou a doença que acomete o impetrante, entretanto, não apontou a limitação para o exercício das atribuições do cargo, não há que se falar em limitação, posto que as atividades ao cargo de Professor de Educação Básica II, tratar-se de atividade intelectual, a qual não requer agilidade, destreza, muito menos atividade física, podendo o autor exercer normalmente.

Também há que se considerar que o impetrante já exerce o cargo de Professor, e nada consta em sentido de sua incapacidade no desempenho como

Acesso ao Sumário

Professor.

Verifica-se que à evidência, quanto à aptidão ou não deve se dar em relação à natureza da função a ser exercida pelo candidato. A inaptidão decorre de limitação para o exercício laborativo inerente a função a ser desempenhada.

Não se desconhece que a obesidade é considerada uma doença, assim como o diabetes, e diversos outros males classificados como doenças, e que, isoladamente considerados, não são óbices à ocupação de cargo público. Daí ser razoável concluir que somente a aferição da obesidade não é capaz de eliminar o candidato do concurso público. Tal procedimento configura ato discriminatório praticado pela Administração Pública.

Também, há que ser considerado que as atribuições do cargo de Professor de Educação Báscia II – Arte, não demandam esforço físico. O excesso de peso, a pressão arterial alta e o colesterol situações comuns na atualidade, que afetam um grande número de pessoas, pode ser controlado através de remédios, exercícios físicos e dieta alimentar, sem prejudicar o trabalho de seus portadores.

Sabe-se que o Poder Público é livre para estabelecer os critérios de seleção e julgamento na elaboração do edital do concurso, tais como capacidade física, mental intelectual, técnica, cientifica, moral, profissional, dentre outros, de modo a aliar a eficiência, moralidade e aperfeiçoamento do serviço público, mas desde que respeite os princípios constitucionais estampados na Constituição Federal, dentre eles o da isonomia.

A combinação dos arts 3º, IV , com o 7º, XXX e 39, § 3º todos da Constituição Federal, refuta qualquer discriminação por motivos de sexo, idade, raça trabalho, crença religiosa e convicções politicas, *ipsis litteris*:

"Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil :

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça , sexo , cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social;

XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

Art. 39 (...) § 3º - Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

Incumbe, pois, ao legislador delimitar critérios para admissão, sempre com obediência ao princípio da isonomia, mas também levando em consideração os pilares da razoabilidade e da proporcionalidade, estabelecendo critérios e exigências quando necessária em razão das atribuições a serem exercidas, o que

Acesso ao Sumário

não é o caso em tela.

Cabe ao Poder Judiciário o exame da legalidade do ato, porque não há que se falar em discricionariedade administrativa quando houver ofensa à lei ou à lei ou à Constituição Federal.

Portanto, levando-se em consideração o princípio da razoabilidade, deve haver a demonstração da incompatibilidade concreta entre condição de saúde do candidato e as atribuições do cargo desejado, pois, ao contrário, haveria negativa de um direito (de tomar posse) certo, atual, com base em conjecturas, juízos de probabilidade oscilantes, o que não se afigura razoável, porquanto gera margem para o puro arbítrio.

Neste sentido, já se posicionou este Egrégio Tribunal de Justiça:

"APELAÇÃO – CONCURSO PÚBLICO – PROFESSOR DE EDUCAÇÃO BÁSICA II – CANDIDATA PORTADORA DE OBESIDADE GRAU II, DIABETES MELLITUS E HIPERTENSÃO ESSENCIAL – PERITO MÉDICO DO ESTADO CONCLUIU PELA INAPTIDÃO NO CERTAME – AÇÃO ANULATÓRIA CC. DANOS MORAIS E MATERIAIS – Pretensão inicial voltada à posse da autora no cargo de Professor de Educação Básica II, sob o fundamento de que é nulo o ato administrativo que a considerou inapta no certame – sentença que julgou procedente em parte a demanda para fins de anular o ato que considerou inapta a autora para exercer o cargo de Professora, por entender que o ato administrativo foi arbitrário e extrapolou os itens do edital, todavia, afastou a possibilidade de pagamento de indenização por danos materiais e morais – ausência de razoabilidade e proporcionalidade no ato praticado pela Administração Estadual, tendo em vista que a requerente exerce o cargo de professora de educação básica desde 2008, também vinculado ao Estado, sem registrar afastamentos por motivo de saúde – doença que, no caso concreto, não demonstrou ser incompatível com o cargo – sentença mantida. Recursos, oficial e voluntário da FESP, improvidos. (Apelação nº 1042978-75.2014.8.26.0053, Rel. Paulo Barcellos Gatti, j. em, 11.05.2015)

"RECURSOS OFICIAL E DE APELAÇÃO – CONCURSO PÚBLICO – CANDIDATO PORTADOR DE HIPERTENSÃO E OBESIDADE – INAPTIDÃO AFASTADA – Pressão alta controlada por remédios – Obesidade do autor eu não o impede de exercer as funções do cargo de agente administrativo, para o qual foi aprovado em concurso público. Além disso, a Administração Pública não fundamentou suficientemente a decisão de inaptidão. Óbice que não encontra respaldo legal. Ingresso do candidato que se impõe. Danos materiais reduzidos para a diferença entre o salário do emprego que ocupava e a remuneração do cargo preterido, porque devem corresponder ao efetivo prejuízo experimentado. Dano moral afastado, porquanto a Administração realizou o ato dentro de suas funções, não obstante ter ultrapassado os limites da discricionariedade que

Acesso ao Sumário

lhe é afeita. Precedentes deste e. Tribunal de Justiça. Sentença parcialmente reformada. Recursos oficial e de apelação parcialmente providos." (Ap. Cível nº 0006133-45.2013.8.26.0053, Rel. Djalma Lofrano Filho, j. 22.10.2014).

"CONCURSO PÚBLICO – INAPTIDÃO FÍSICA – OBESIDADE E PRÉ-DIABETES – É incabível a eliminação de candidato em concurso público por motivos abstratos e genéricos, motivos hipotéticos recolhidos na órbita da mera possibilidade. Ainda que se trate de eliminação oriunda de conclusão na esfera médica, impõe-se que o laudo técnico se ancore singular e fundadamente em uma incompatibilidade concreta do diagnostico quadro mórbido com as atribuições do cargo público pretendido (ver, nesse sentido, brevitatis causa, RMS 26.101 – STJ – Min. Arnaldo Esteves Lima). Não provimento da remessa necessária e do recurso fazendário. (Ap. Cível nº 0041215-45.2010.8.26.0053, Des. Ricardo Dip, j.14.05.2013).

"MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – PROFESSORA DE EDUCAÇÃO BÁSICA II – Candidata portadora de obesidade mórbida – Laudo pericial que conclui pela inaptidão – Ausência da razoabilidade – Impetrante que exerce outro cargo de professora desde 1998, sem registrar afastamentos por motivo de saúde – Incompatibilidade concreta não demonstrada – Ordem concedida para declarar a aptidão e permitir a posse no cargo – Recurso provido. (Ap. nº 1029511-76.2014.8.26.0053, Rel. Ponte Neto, j. 10.12.2014).

Assim, não há comprovação de qualquer limitação ou comprometimento funcional do impetrante que lhe impeça de tomar posse e exercer suas funções.

Portanto, o presente recurso merece guarida, conforme a motivação acima colacionada, sendo de rigor a reforma da r. sentença para a concessão da segurança, ficando, desde logo, admitidos os prequestionamentos dos dispositivos legais e constitucionais passíveis de argumentação.

Com isto, **dá-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003224-76.2004.8.26.0075, da Comarca de Bertioga, em que é apelante PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE BERTIOGA, são apelados ANTONIO DE LARA JUNIOR e CIDADE NAUTICA S/C (E OUTROS(AS)).

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,

Acesso ao Sumário

que integra este acórdão. **(Voto nº 42.945)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente) e ROBERTO MARTINS DE SOUZA.

São Paulo, 4 de setembro de 2018.

BURZA NETO, Relator

Ementa: Execução Fiscal – IPTU – Exercício de 2000 – Sentença de extinção por ilegitimidade passiva – Insurgência – Inadmissibilidade – Súmula 392 do C. Superior Tribunal de Justiça – Manutenção da extinção – Recurso Improvido.

VOTO

Trata-se de apelação voltada contra a sentença de fls. 108/112, de relatório adotado que acolheu a exceção de preexecutividade reconhecendo a ilegitimidade de parte, bem como julgando extinto o executivo fiscal nos termos do artigo 485, VI do CPC.

Inconformada, apela a Municipalidade de Bertioga, pelo provimento do recurso a fim de reformar a r. sentença, requerendo o prosseguimento da ação em nome e outros executados.

Recurso recebido e processado somente no efeito devolutivo, sem as contrarrazões, estando em termos para julgamento.

É o Relatório.

Totalmente aplicável, no caso, o disposto no artigo 252 do Novo Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que prevê que:

> "Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la".

Primeiramente, cabe registrar que a sentença foi proferida em 21.11.2017, motivo pelo qual o presente recurso será julgado à luz do CPC/2015 e da LEF.

O recurso comporta provimento.

A ***Fazenda Pública do Município de Bertioga*** ingressou com ação de execução fiscal em face de ***Antonio de Lara Junior e outros***, objetivando a cobrança de IPTU referente ao exercício de 2000, conforme consta na inicial e CDA de fls. (02/03) no valor total de R$ 2.700,30.

Houve apresentação de exceção de pré-executividade, apresentada por ***Karina de Lara e outro.***

Contudo, a r. sentença julgou extinto o processo, nos termos do artigo

485, inciso VI, do C.P.C., pois reconheceu a ilegitimidade passiva da executada, uma vez os documentos acostados aos autos demonstram a ausência de qualquer vínculo jurídico da executada com o imóvel descrito na CDA.

Com efeito, cuida-se o caso, conforme disposto no art. 2º, §5º, da Lei nº 6.830/80 e Súmula 392, do STJ.

O C. Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou que a emenda ou a substituição da CDA são admitidas, tão somente, diante da existência de erro material ou formal, não sendo possível, entretanto, a alteração do sujeito passivo da obrigação tributária por implicar na necessidade de novo lançamento tributário, o qual foi cristalizado com a edição da Súmula 392 daquela Superior Corte:

> *A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução* (destacado).

Confira-se, ainda, o seguinte precedente:

> PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL PROPOSTA CONTRA DEVEDOR JÁ FALECIDO. CARÊNCIA DE AÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ALTERAÇÃO DO PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO PARA CONSTAR O ESPÓLIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 392/STJ.
>
> 1. O exercício do direito de ação pressupõe o preenchimento de determinadas condições, quais sejam: a) a possibilidade jurídica do pedido; b) o interesse de agir; e c) a legitimidade das partes. No caso em análise, não foi preenchido o requisito da legitimidade passiva, uma vez que a ação executiva foi ajuizada contra o devedor, quando deveria ter sido ajuizada em face do espólio. Dessa forma, não há que se falar em substituição da Certidão de Dívida Ativa, haja vista a carência de ação que implica a extinção do feito sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil. O redirecionamento pressupõe que o ajuizamento tenha sido feito corretamente.
>
> 2. Mesmo quando já estabilizada a relação processual pela citação válida do devedor, o que não é o caso dos autos, a jurisprudência desta Corte entende que a alteração do título executivo para modificar o sujeito passivo da execução não encontrando amparo na Lei 6.830/80. Sobre o tema, foi editado recentemente o Enunciado n. 392/STJ, o qual dispõe que "A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução".
>
> 3. Naturalmente, sendo o espólio responsável tributário na forma do art.

Acesso ao Sumário

131, III, do CTN, a demanda originalmente ajuizada contra o devedor com citação válida pode a ele ser redirecionada quando a morte ocorre no curso do processo de execução, o que não é o caso dos autos onde a morte precedeu a execução.

4. Recurso especial não provido. (REsp 1222561/RS, RJ, 2ª Turma, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, julg. 26/04/2011, *in* DJe DJe 25/05/2011 - grifado).

Aliás, no mesmo sentido já se pronunciou este E. Tribunal de Justiça em hipóteses análogas:

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - Ilegitimidade de parte apontada na certidão de dívida ativa como devedora – Impossibilidade de alteração do sujeito passivo em caso de emenda ou substituição da certidão da dívida ativa – Aplicação da súmula 392, do Superior Tribunal de Justiça – Nulidade reconhecida – Sentença mantida – Recurso não provido. (Apelação n° 0169508-03.2007.8.26.0000, Guarulhos, 14ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Jarbas Gomes, j. 22/09/2011, v.u.);

EXECUÇÃO FISCAL – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO POR ILEGITIMIDADE DO PÓLO PASSIVO, COM BASE NO ARTIGO 267, VI, DO CPC – PRETENDIDA SUBSTITUIÇÃO DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA, COM ALTERAÇÃO DO POLO PASSIVO. INEXISTÊNCIA DE ERRO MATERIAL OU FORMAL. INADMISSIBILIDADE – INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 392 DO STJ – APELAÇÃO IMPROVIDA – RE EXAME NECESSÁRIO PREJUDICADO. (Apelação n° 0154825-29.2005.8.26.0000, Piracicaba, 16ª Câmara de Direito Público, Des. Rel. VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO, j. 30/08/2011, v.u.);

EMBARGOS A EXECUÇÃO FISCAL – MULTA DE NATUREZA ADMINISTRATIVA – ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM – EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA CONTRA EMPRESA QUE JÁ HAVIA TRANSMITIDO O BEM E O ADQUIRENTE FALECIDO HÁ MUITO TEMPO – FATOS DE CONHECIMENTO DA MUNICIPALIDADE, DEVIDAMENTE COMPROVADOS – AJUIZAMENTO DE EXECUÇÃO ANTERIOR, VOLTADA CONTRA O ESPÓLIO – NULIDADE DO TÍTULO – IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA CDA – INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 392 DO STJ. Recurso improvido. (Apelação n° 0007787-58.2009.8.26.0554, Santo André, 18ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. FRANCISCO OLAVO, j. 28/04/2011, v.u.);

EXECUÇÃO FISCAL – IPTU e taxa de remoção de lixo domiciliar Município de Santos – Insurgência contra decisão que extinguiu o feito nos termos do art. 267, IV, do CPC – Hipótese de substituição da CDA

Acesso ao Sumário

para alteração do pólo passivo – Inadmissibilidade – Súmula 392 do STJ. Recurso não provido." (Apelação nº 9079458-74.2004.8.26.0000 Rel. Des. Erbetta Filho).

Logo, não se cuidando *in casu* de mera correção de erro material ou formal da CDA originária sob a qual se funda a presente execução fiscal, de rigor a extinção do processo, não se vislumbrando qualquer ofensa a dispositivos legais, constitucionais ou mesmo a princípios de direito.

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, NEGA-SE provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1049195-62.2017.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO JOSE DO RIO PRETO.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.007)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente sem voto), BURZA NETO e ROBERTO MARTINS DE SOUZA.

São Paulo, 30 de agosto de 2018.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator

Ementa: APELAÇÃO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – Multa imposta por descumprimento da Lei Municipal nº 11.262/2012, que impôs a manutenção de serviços de segurança privada em caixas eletrônicos

Acesso ao Sumário

– Embargante que visa à extinção da execução – Descabimento – Inexistência de nulidade da CDA – Competência municipal para regular a matéria e constitucionalidade da lei instituidora da penalidade constatadas – Ausência de caráter confiscatório da multa fixada, bem como de excesso de execução – Sentença parcialmente reformada para o único fim de reduzir-se o valor arbitrado a título de honorários advocatícios – Recurso provido em parte.

VOTO

Vistos.

BANCO DO BRASIL S/A, nos autos de ação de execução fiscal (Proc. n. 1049195-62.2017.8.26.0576, da E. 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São José do Rio Preto), que lhe move a **PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO**, referente à multa imposta por descumprimento da Lei Municipal nº 11.262/2012, apresenta embargos à execução, alegando, em síntese, a nulidade da CDA; a incompetência do município para regular a matéria; o caráter confiscatório da multa fixada; e o excesso de execução, haja vista os juros de mora arbitrados. Requer, destarte, a procedência dos presentes embargos, declarando-se a nulidade da execução em tela.

Registre-se que foi proferida a r. sentença de fls. 192/194, que julgou improcedentes os embargos.

O Banco embargante apresentou, então, o seu recurso de apelação (fls. 200/218). Resumidamente, reitera a argumentação trazida à baila na exordial e requer a reforma da r. decisão de primeiro grau, para o fim de julgarem-se procedentes os embargos à execução opostos. Em caráter subsidiário, pugna pela minoração do valor arbitrado a título de honorários advocatícios.

Tempestivo o recurso, foi o mesmo regularmente processado, com a apresentação de contrarrazões (fls. 226/242).

Subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Malgrado a combatividade dos dignos procuradores do embargante, entende-se que o recurso interposto *não reúne condições de prosperar.*

Senão, vejamos.

A questão posta *sub judice* consubstancia-se na regularidade, ou não, da cobrança de multa, devido à infração consistente no descumprimento da Lei Municipal nº 11.262/2012, que impôs a manutenção de serviços de segurança privada em caixas eletrônicos.

Pois bem.

A fim de facilitar a análise das questões suscitadas nas razões de apelação, passa-se a realizar a apreciação das mesmas em tópicos.

a) Da alegação de nulidade da CDA.

O artigo 202 do CTN e o artigo 2º, § 5º, da Lei de Execução Fiscal estabelecem os requisitos de validade da certidão de dívida ativa, *in verbis*:

"Art. 202. O termo de inscrição da dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, indicará obrigatoriamente:

"I - o nome do devedor e, sendo caso, o dos co-responsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros;

"II - a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos;

"III - a origem e natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado;

"IV - a data em que foi inscrita;

"V - sendo caso, o número do processo administrativo de que se originar o crédito.

"Parágrafo único. A certidão conterá, além dos requisitos deste artigo, a indicação do livro e da folha da inscrição"

"Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

"§ 5º - O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter:

"I - o nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros;

"II - o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato;

"III - a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida;

"IV - a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo;

"V - a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa; e

"VI - o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida".

Transportando tal cenário legislativo à hipótese dos autos, verifica-se que a CDA de fls. 24/25 afigura-se perfeita, haja vista que menciona a origem da multa aplicada, o número do auto de infração, os dispositivos legais a respaldá-

Acesso ao Sumário

la, a data de vencimento e de inscrição, bem como os encargos moratórios incidentes, com citação da legislação a autorizá-los.

Ainda que inexista na CDA o número do processo administrativo referente à autuação, tal situação, por si só, não é apta a ensejar o decreto de nulidade do titulo executivo, sobretudo porque, além de existir na CDA o número do auto de infração, na hipótese em testilha, é possível se aferir, dos documentos juntados em impugnação, que a autuação foi regular, com anterior notificação e advertências, tendo a embargante, inclusive, exercido seu direito de defesa em sede administrativa, cenário este a inviabilizar o acolhimento da alegação de violação ao contraditório e à ampla defesa.

Logo, os elementos constantes do título executivo são perfeitamente suficientes para permitir o exercício do direito de defesa do embargante apelante, razão pela qual descabe outra ilação, senão a de que a CDA afigura-se hígida, inexistindo motivos para o decreto de nulidade da mesma.

b) Da alegação de incompetência municipal para regular a matéria.

Com efeito, não se vislumbra qualquer vício de competência no que se refere à Lei Municipal nº 11.262/2012, posto que as regras de atendimento e segurança ao público em instituições bancárias são de interesse local e, portanto, de competência municipal, conforme o art. 30, I, da CF. Não se confundem com as matérias relacionadas com a atividade-fim dessas instituições, que são de competência privativa da União.

Nesse sentido, a jurisprudência vem decidindo:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. CONSUMIDOR. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. ATENDIMENTO AO PÚBLICO. FILA. TEMPO DE ESPERA. LEI MUNICIPAL. NORMA DE INTERESSE LOCAL. LEGITIMIDADE. Lei Municipal n. 4.188/01. Banco. Atendimento ao público e tempo máximo de espera na fila. Matéria que não se confunde com a atinente às atividades-fim das instituições bancárias. Matéria de interesse local e de proteção ao consumidor - Competência legislativa do Município. Recurso extraordinário conhecido e provido" (RE nº 432.789-SC, 1ª Turma, 14-6-2005, Rel. Eros Grau)

"ADMINISTRATIVO – AGÊNCIA BANCÁRIA – FUNCIONAMENTO – HORÁRIO DE ATENDIMENTO AO PÚBLICO. 1. Dentro da evolução da jurisprudência desta Turma, com a orientação dada pelo STF, tem-se entendido que pode o Município estabelecer o tempo de atendimento ao público, a partir da identificação do horário da retirada da senha e de efetivo atendimento. 2. Por interferência do PROCON, os Municípios têm editado leis diversas no sentido de regulamentar o prazo de atendimento. 3. Recurso especial conhecido, mas improvido." (REsp 467.451 SC; 2ª Turma do E. Superior Tribunal de Jusitça; j. 18.05.2004; p. Dj 16.08.2004; Rel. (a) Min. (a) Eliana Calmon).

Acesso ao Sumário

"Embargos à execução fiscal - Multa aplicada a estabelecimento bancário com base na Lei Municipal nº 9.428/05, que fixa tempo máximo de espera em estabelecimento bancário - Competência municipal para legislar sobre a matéria - Interesse local - Embargos julgados improcedentes - Manutenção - Recurso do banco não provido. Honorários de advogado Majoração - Recurso da Municipalidade provido." (Apelação. 0040072-04.2010.8.26.0576; 14 ª Câmara de Direito Público do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; j. 16.08.2012; Rel. Des. Jarbas Gomes).

Este também é o posicionamento desta Colenda Câmara:

"Apelação - Execução fiscal - Embargos à execução fiscal - Multa fixada em razão de não observância de Lei Municipal de São José do Rio Preto nº 9428/2005, que fixa tempo máximo para atendimento nas agências bancárias - Exercício de 2010 - Lei conforme a Constituição Federal - Entendimento do art. 30, inc. I, da CF - Interesse local reconhecido - Precedentes do C. STF, com julgamento em regime de repercussão geral - Sentença mantida - Recurso desprovido" (Apelação n. 0005084-83.2012.8.26.0576; j. 13.06.2013; Rel. Des. Roberto Martins de Souza).

No mesmo sentido: Apelação n. 0055824-79.2011.8.26.0576; j. 29.11.2012; Rel. Des. Carlos Giarusso Santos; Apelação nº 990.10.126274-6, j. 29.07; Rel. Osvaldo Capraro.

No mais, importa notar que, além da matéria regulada inserir- se no contexto de 'interesse local', o Município detém poder de polícia e, portanto, ao legislar acerca da segurança nos caixas eletrônicos, está certamente exercendo tal poder.

Assim sendo, descabe outra conclusão senão a de que a lei municipal em testilha não padece do vício de inconstitucionalidade formal arguido.

c) Da alegação de que a multa reveste-se de caráter confiscatório.

Ao contrário do alegado pelo recorrente, o valor arbitrado mostrou-se coerente e razoável, haja vista que importâncias inexpressivas fatalmente tornariam a lei ineficaz, sobretudo porque estamos diante de uma instituição financeira.

Não se nega que a Administração Pública deva pautar sua conduta observando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade; entretanto, as instituições bancárias também devem se ater a tais princípios. Isto, pois não se pode perder de vista que a agencia bancária multada foi advertida e autuada em diversas outras oportunidades, sendo, portanto, evidentemente reincidente, situação esta a justificar uma penalidade mais severa do ponto de vista financeiro.

Logo, a conclusão a que se chega é a de que não houve qualquer violação ao princípio da proporcionalidade: a penalidade imposta é adequada (atinge os fins aos quais se propõe), necessária (trata-se do meio menos gravoso para

Acesso ao Sumário

atingir seu objetivo) e proporcional em sentido estrito (pois é uma boa medida para atingir os fins colimados pela lei).

Logo, é de rigor a manutenção da multa no valor fixado administrativamente.

d) Da alegação de excesso de execução.

Ao alegar excesso de execução, o embargante apelante traz novamente à tona a discussão de que a multa foi aplicada de forma desproporcional, requerendo sua redução, assim como impugna os juros aplicados, aduzindo que os mesmos são altíssimos, devendo sua incidência ocorrer apenas a partir da citação.

A questão atinente à proporcionalidade da multa já restou apreciada no tópico anterior. Porém, no que pertine à arguição de que os juros foram aplicados em excesso, importa considerar que tal alegação beira o não conhecimento. Isto, pois não foi indicado, como deveria, o valor que o apelante entende como correto, nem tampouco foi apresentado demonstrativo discriminado e atualizado do cálculo, na esteira do que determina o art. 917, III c/c § 3º, do CPC (aplicável à execução fiscal, nos termos do art. 1º da Lei 6.830/80).

Contudo, a fim de que não se alegue eventual cerceamento de defesa, pondere-se que os juros moratórios são devidos desde o vencimento da multa aplicada, na razão de 1% (um por cento) ao mês, na esteira do que dispõe o art. 35, V, da Lei Municipal nº 3.359/83 e Leis Complementares nºs. 158/2001 e 164/2003, razão pela qual não há qualquer excesso a ser reconhecido, na medida em que sua fixação observou as legislações referidas.

Por fim, quanto à fixação da verba honorária, cabe a redução pleiteada para o patamar mínimo de *10% sobre o valor da execução, atualizado*, nos termos do art. 85, § 3º, inciso I, do CPC. Todavia, tendo-se em vista a sucumbência do apelante, quanto ao mérito do recurso, impõe-se a majoração do percentual para *11% sobre o valor exequendo atualizado*, em atenção ao disposto no § 11 do referido artigo.

Diante do exposto, imperiosa é a *reforma parcial* da r. sentença, para o único fim de reduzir-se o valor arbitrado a título de honorários advocatícios, nos termos supramencionados.

Com isto, **dá-se parcial provimento** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1061237-63.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CELSO MACHADO VENDRAMINI, é apelado DEPARTAMENTO ESTADUAL DE

TRÂNSITO – DETRAN.

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 25.529)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICENTE DE ABREU AMADEI (Presidente) e ALIENDE RIBEIRO.

São Paulo, 10 de setembro de 2018.

RUBENS RIHL, Relator

Ementa: APELAÇÃO – CNH – Infração de trânsito praticada durante o período de cumprimento de penalidade de suspensão do direito de dirigir – Sentença de improcedência – Ausência de notificação da infração de trânsito que não pode ser cominada ao Departamento de Trânsito de São Paulo, porquanto lavrada pela Prefeitura de São Paulo que possui personalidade jurídica própria – Regularidade no procedimento de cassação do direito de dirigir – Ausência de irregularidades – Sentença mantida – Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de tutela antecipada, proposto por CELSO MACHADO VENDRAMINI em face do DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE DIRETORIA DE HABILITAÇÃO DO DETRAN/SP, objetivando a anulação de todo o processo de cassação do direito de dirigir do impetrante, bem como do auto de infração 5A152740-1 e que a pontuação seja transferida para o Sr. Eduardo Alves de Souza.

A r. sentença de fls. 145/149, cujo relatório ora se adota, denegou a segurança.

Inconformado, recorre o Impetrante, pugnando pela reforma integral da sentença. Alega, em apertada síntese, que não foi notificado do resultado da decisão administrativa, cujo resultado foi a cassação do direito de dirigir ofendendo o devido processo legal, contraditório e ampla defesa e sem fundamentação. E que a incúria foi da Administração Pública em não notificar o apelante sobre a infração para o exercício da ampla defesa e contraditório em sua acepção material, tanto é que, na manifestação da apelada (fls. 115 a 134) consta o arrepio argumento de que a "notificação não é de competência do

Acesso ao Sumário

Detran" (item n. 7) e em nenhum ponto há a comprovação de que a "suposta" comunicação, apontada às folhas 122 dos autos, juntada às folhas 129, foi entregue ao apelante.

Diante do exposto, requer seja a presente apelação conhecida e dado provimento para reformar a r. decisão, determinando, ao final a anulação do processo administrativo 42349/2017 por ofensa aos princípios do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e devida motivação legal, conforme exaustivamente descritos nas razões da pretensão, anulando o Auto de Infração 5A152740-1, que serviu como sustentáculo para o procedimento administrativo, determinando que a referida pontuação seja transferida para e em nome do condutor indicado na declaração feita com firma reconhecida e em poder da autoridade apelada. (fls. 153/159)

Contrarrazões de apelação às fls. 163/165.

Deixa-se de encaminhar os autos à Procuradoria de Justiça tendo em vista que o Ministério Público, já em Primeira Instância, ressaltou a desnecessidade de atuação no feito (fls. 138/139).

Não houve oposição ao julgamento virtual, nos termos da Resolução 772/2017 do Egrégio Tribunal de Justiça.

É, em síntese, o relatório.

Sustenta a petição inicial ser indevida a pena de cassação do direito de dirigir e o bloqueio do prontuário que impede a renovação da CNH, pois não foi notificado da autuação por infração de trânsito que teria sido cometida em 09/02/2017, no curso da penalidade de suspensão do direito de dirigir, da qual tomou conhecimento ao diligenciar junto ao DETRAN (autos de infração nº 5A152740-1).

No que concerne a falta de notificação da infração de trânsito praticada (5A152740-1) datada de 09/02/2017 vislumbra-se que foi lavrada pela Prefeitura do Município de São Paulo que possui personalidade jurídica própria, sem qualquer evidência ao contrário, de modo que não pode o DETRAN responder pela anulação deste auto de infração. Caberia ao impetrante insurgir-se em face do órgão autuador, Município de São Paulo, que não integra o processo.

Demais disso, não se mostra possível discutir a regularidade da notificação da infração de trânsito acima referida em Mandado de Segurança que trata do processo de suspensão do direito de dirigir. Pois, é evidente que se tratam de atos administrativos distintos e lavrados por órgãos públicos distintos.

Além disso, a alegação de ausência de responsabilidade do autor concernente à infração de trânsito ocorrida durante o período de suspensão do direito de dirigir não foi comprovada e está prejudicada, uma vez que o impetrante não nega a ocorrência da infração, mas apenas aponta irregularidade de notificação, sem o suficiente substrato probatório, destacando-se, por fim,

Acesso ao Sumário

que no estreito rito do writ não há espaço para dilação probatória.

Nesse sentido, trago o seguinte precedente desta C. Primeira Câmara de Direito Público:

> ***"REEXAME NECESSÁRIO – Mandado de segurança – Suspensão do direito de dirigir – Exercício do direito de defesa e exaurimento da esfera administrativa – Alegação de nulidades no processo administrativo – Inocorrência – Formalidades administrativas e princípios constitucionais (contraditório e ampla defesa) respeitados Sentença reformada. REEXAME NECESSÁRIO PROVIDO."***
>
> (TJSP; Reexame Necessário 1027710-57.2016.8.26.0053; Relator (a): Vicente de Abreu Amadei; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 13ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 11/07/2017; Data de Registro: 13/07/2017).

Por fim, cumpre afastar a alegação de que o ato administrativo careceria de fundamentação válida. Uma vez que, não se pode confundir fundamentação sucinta com ausência de fundamentação. Dos termos do ato administrativo impugnado verifica-se claramente as razões de decidir, não havendo qualquer violação ao devido processo legal e à legitima defesa.

Portanto, a r. sentença, deve ser integralmente mantida.

Ressalto, em remate, que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões pelas quais chegou ao resultado. A leitura do acórdão permite ver cristalinamente o porquê do *decisum*. É o que basta para o respeito às normas de garantia do Estado de Direito, entre elas a do dever de motivação (CF, art. 93, IX), não sendo mister divagar sobre todos os pontos e dispositivos legais citados pela agravante.

De qualquer modo, para viabilizar o acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (AgRg nos EDcl no REsp 966229/RS, Ministro OG FERNANDES, Sexta Turma, j. 05/02/2013, DJe 18/02/2013).

Deixo consignado, por derradeiro, que eventuais recursos que sejam apresentados em decorrência deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância, deverá ela ser manifestada no momento de apresentação do novo recurso.

Daí porque, em tais termos, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1038452-69.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante CLAUDIA CRISTINA ALVES AMORIM CALDEIRA, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.706)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente) e JARBAS GOMES.

São Paulo, 3 de setembro de 2018.

AROLDO VIOTTI, Relator

Ementa: Ação de cobrança movida por servidora municipal, ocupante de cargo de provimento efetivo, e que foi nomeada para exercer função de confiança durante determinado período. Pretensão ao pagamento das horas que excederam a jornada de trabalho atinente ao cargo efetivo, durante o período em que exerceu funções gratificadas. Sentença de improcedência. Recurso da autora buscando a inversão do julgado. Inadmissibilidade. O exercício de funções de confiança gera como consequência jornada de trabalho diferençada, em razão de suas próprias características. A gratificação de função percebida pela autora tem por objetivo remunerar as horas trabalhadas além da jornada de trabalho do cargo efetivo, conforme previsão legislativa. Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

I. Ação ordinária de cobrança movida por CLAUDIA CRISTINA ALVES AMORIM CALDEIRA, servidora municipal, ocupante do cargo efetivo de "Orientador de Estacionamento Regulamentado", contra o MUNICÍPIO DE SANTOS, relatando, em síntese, que foi nomeada, em 25.05.2011, 10.08.2012 e 21.03.2013, para exercer, respectivamente, as funções gratificadas de "Chefe da Seção de Apoio aos Conselhos", "Chefe de Seção de Apoio Administrativo ao Gabinete" e "Assistente Técnico", designação que perdurou até dezembro

de 2014. Afirma que, embora sua jornada de trabalho seja de 30 (trinta) horas semanais, "*foi obrigada a trabalhar 40 (quarenta) horas semanais sem receber o valor correspondente às horas extraordinárias*." (textual – fls. 01), quando do exercício das funções gratificadas. Sustenta que a legislação municipal não veda o pagamento de horas extraordinárias aos servidores municipais que exercem funções de confiança, motivo pelo qual pede a procedência da ação, para ser o requerido condenado ao pagamento de indenização em valor equivalente a 10 (dez) horas semanais trabalhadas durante todo o período em que ocupou cargos de chefia, excedentes à jornada atinente ao cargo no qual foi originariamente investida, com acréscimo dos consectários legais, respeitada a prescrição quinquenal.

A r. sentença de fls. 95/98, de relatório adicionalmente adotado, julgou improcedente a ação, condenando a autora ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil, observada a condição de beneficiária da Justiça gratuita.

Sobreveio apelação da requerente. Nas razões de fls. 102/107, busca a reforma do julgado, asseverando em resumo: a) a prova coligida nos autos é suficiente a corroborar o trabalho extrajornada, e a legislação municipal não veda o pagamento de horas extras aos servidores ocupantes de funções de confiança; b) a Municipalidade não se desincumbiu do ônus de comprovar que "*trabalhava sob o regime de dedicação exclusiva, simplesmente porque não existe dedicação exclusiva na Prefeitura de Santos*." (textual – fls. 103); c) "função de confiança" e "cargo em comissão" são institutos que não se confundem.

O recurso foi respondido a fls. 118/127, subindo os autos. Este, em síntese, o relatório.

II. Nega-se provimento ao apelo.

A autora foi admitida no serviço público municipal para exercer o cargo efetivo de "Orientador de Estacionamento Regulamentado". No período compreendido entre 2011 e 2014, foi nomeada para exercer as funções gratificadas de "Chefe da Seção de Apoio aos Conselhos Assistência Social" (fls. 07), "Chefe da Seção de Apoio Administrativo e Financeiro do Gabinete" (fls. 08), e "Assistente Técnico" (fls. 09).

Soam os artigos 140 e seguintes da Lei Municipal nº 4.603, de 12 de junho de 1984 (Estatuto dos Funcionários Públicos Municipais de Santos), no que interessa à espécie:

"Artigo 140 - Será concedida gratificação ao funcionário:

I - pela função;

II - pela prestação de serviço extraordinário;

(....)

Acesso ao Sumário

Artigo 141 - Função gratificada é a instituída em lei para atender a encargos de chefia e outros que não justifiquem a criação de cargo.

Artigo 142 - O desempenho da função gratificada será atribuída ao funcionário mediante ato expresso.

Artigo 143 - A gratificação de função será percebida cumulativamente com os vencimentos ou remuneração do cargo.

Artigo 144 - Não perderá a gratificação de função o funcionário que se ausentar em virtude de férias, luto, casamento, licença-prêmio e nos afastamentos remunerados previstos neste Estatuto, ou quando em serviços obrigatórios por lei ou de atribuições decorrentes de sua função.

Artigo 145 - A gratificação pela prestação de serviço extraordinário ou pelo exercício de cargos ou funções específicas, será:

a) previamente arbitrada pelo Prefeito, ou autoridade competente; e

b) paga por hora de trabalho prorrogado ou antecipado.

§ 1° - A gratificação a que se refere a alínea "a", não poderá exceder a 1/3 (um terço) do vencimento mensal do funcionário.

§ 2° - No caso da alínea "b", a gratificação será paga por hora de trabalho antecipada ou prorrogada, com o acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento)." (extraídos do endereço eletrônico (constante no texto original) – sublinhou-se).

A autora arrima a pretensão no fato de que, tendo trabalhado 40 (quarenta) horas semanais por todo o período em que exerceu funções gratificadas, e sendo de 30 (trinta) horas a jornada de trabalho semanal do cargo efetivo do qual é titular, deve ser indenizada pelas horas excedentes, principalmente pelo fato de que não há vedação legal para pagamento simultâneo de gratificação de função e horas extraordinárias.

Não há dúvida de que o pagamento de gratificação de função tem por objetivo remunerar as horas que excedem a jornada normal de trabalho do cargo efetivo no qual investido o servidor público municipal.

Ademais, é sabido que o exercício de função de confiança gera como consequência jornada de trabalho diferençada daquele que ocupa cargo efetivo, por suas próprias características. E isto é corroborado pela documentação de fls. 11 e 13/14, da qual consta alteração da jornada de trabalho da autora, em razão das funções gratificadas.

Nesse sentido, precedente desta Corte aplicável à espécie:

"Desponta dos autos que o demandante ocupava o cargo público de motorista de transporte escolar na Prefeitura Municipal de Assis. Em abril de 2013, passou a exercer a função de Encarregado de Setor, do Quadro de Pessoal Funções de Confiança (fls. 56).

É certo que ao servidor que percebe a gratificação por exercer cargo de confiança, é vedado o recebimento da gratificação pela prestação de

Acesso ao Sumário

serviços extraordinários, pois a primeira verba já se presta à remuneração respectiva do trabalho extraordinário.

Assim, desde 1º de abril de 2013, quando passou a exercer o cargo de Encarregado de Setor, não há se falar em horas extraordinárias.

Deve ser salientado que o servidor nomeado para exercer cargo de chefia ostenta uma relação de confiança que exatamente pressupõe dedicação maior que o exigido dos demais servidores." (7ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 1009355-51.2015.8.26.0047, Rel. o Des. MOACIR PERES, j. 17.04.2017).

As testemunhas ouvidas em juízo limitaram-se a afirmar as alegações da requerente no sentido de que trabalhava além de 30 (trinta) horas semanais quando no exercício das funções gratificadas. E a testemunha Daniela Tadeu Costa bem observou que, exatamente por esse motivo, recebia gratificação de função.

A questão foi bem dirimida em primeiro grau, dela se reproduzindo o trecho seguinte, adicionalmente adotado como "ratio decidendi":

"Além disso, é certo que o pagamento de horas extras não se coaduna com as características dos cargos em comissão e das funções de chefia, que envolvem função de confiança, de livre nomeação e exoneração, de modo que estão mais afeiçoados à gestão da política de governo, demandando disponibilidade e dedicação em tempo integral. É exatamente esta confiança depositada em tais servidores que permite ao Administrador a sua convocação, em qualquer horário, inclusive para serviços especiais, em que tal possa render ensejo ao pagamento de horas extras. Assim, os serviços extraordinários prestados pelo servidor não poderiam dar ensejo ao pagamento de horas extras, porquanto o cargo que ele exercia era em função de chefia, sujeito a regime de dedicação exclusiva e integral, situação que inviabiliza a remuneração por serviços extraordinários eventualmente prestados." (fls. 97).

Mantém-se a r. sentença como lançada. Por fim, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, necessária a majoração da verba honorária advocatícia, que é fixada em 11% (onze por cento) do valor da causa atualizado, nos termos do artigo 85, § 8º, do CPC, em substituição àquela fixada pelo D. Juízo "a quo", e ressalvada a gratuidade (fls. 31).

III. Pelo exposto, negam provimento ao recurso.

Eventual inconformismo em relação à presente decisão será objeto de julgamento virtual, ficando cientes as partes de que discordância quanto a essa modalidade de julgamento deverá ser manifestada quando da interposição do recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1047254-94.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante UNIDAS S/A, é apelado DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO - DETRAN.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.361)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VERA ANGRISANI (Presidente) e CARLOS VON ADAMEK.

São Paulo, 14 de setembro de 2018.

CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI, Relator

Ementa: MEDIDA CAUTELAR ANTECEDENTE. INDEFERIMENTO DE PETIÇÃO INICIAL. Empresa especializada na locação de veículos automotores que celebrou contrato de aluguel com terceiro que não devolveu o veículo. Pretensão de restrição de circulação do veículo que foi objeto de apropriação indébita. Tutela de urgência concedida. Requerente que não atendeu a determinação para explicação de novo réu na emenda da inicial e ajuizamento de outra ação. Processo extinto sem resolução de mérito, nos termos dos artigos 321, parágrafo único e art. 485, IV, do NCPC. Sentença mantida. Recurso improvido.

VOTO

Acesso ao Sumário

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Unidas SA (fls.110/116) em face de sentença de fls. 104/105 que extinguiu a medida cautelar antecedente julgando o feito extinto sem resolução do mérito, na forma do art.321, parágrafo único e 485, IV, do NCPC.

Recorre a Unidas SA (fls.110/116), alegando que não haver meio eficaz de efetuar o bloqueio e impedir a circulação do veículo, quando este for objeto de crime de apropriação indébita, senão pela via judicial. Sustenta que é preciso ser apreciado o pedido de tutela de urgência *inaldita altera pars* ante a presença dos requisitos elencados no art. 303 do Código de Processo Civil, para que, de

imediato, proceda-se a inserção de apontamento judicial nos registros nacionais, através do sistema RENAJUD, com a imputação de restrição de circulação do veículo.

Contrarrazões apresentadas às fls. 122/124.

É o relatório.

1. Trata-se de medida cautelar antecedente interposta por Unidas SA requerendo tutela de urgência para obter a restrição de circulação do veículo Toyota Etios de placas BAJ 0859, até a recuperação do veículo pela autora proprietária, uma vez que foi objeto de apropriação indébita.

Foi concedida a tutela de urgência as fls.67 com determinação para que a autora providenciasse a emenda da inicial.

Às fls.75/86 a parte autora apresentou a emenda.

Diante da inclusão de novo réu na emenda a inicial e da existência de ação contra o Detran do Rio de Janeiro, o juiz requereu esclarecimentos (fls.87 reiterado as fls.91).

Diante da inércia da parte autora, a r. sentença de fls.104/105 extinguiu a ação.

2. Com efeito, a medida cautelar antecedente, nos termos do art.303 do NCPC, pode ser proposta nos casos da urgência ser contemporânea a propositura da ação, limitando-se ao requerimento da tutela antecipada.

Concedida a tutela, como no caso dos autos (cf.fls.67), deve magistrado determinar que a parte autora adite a petição inicial (art.303, §1º, I, NCPC).

No caso em tela, o juiz determinou a parte autora apresentasse emenda a inicial para indicar o pedido a ser deduzido em face da autarquia (fls.67 e 72).

A autora apresentou a emenda (fls.75/86) inserindo novo réu na ação.

Diante da inclusão de novo réu e informação de ajuizamento da ação contra o Detran do Rio de Janeiro, o magistrado requereu esclarecimentos (fls.87 e 91).

Como se verifica, devidamente intimada para esclarecer a situação, a autora se manteve inerte (cf.fls.88/89 e 93/95).

Note-se que, ao não atender à determinação judicial no prazo concedido, deixou a Requerente de cumprir seu ônus processual.

O art. 321 do NCPC dispõe:

Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.

Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a

petição inicial.

Note-se, ainda, que em seu recurso de apelação, a parte autora não esclarece a inclusão de novo réu na demanda, tampouco rebate os motivos que fizeram a ação ser extinta, apenas reforçando a necessidade da concessão da tutela de urgência.

3. Além disso, inadequada a ação ajuizada pela autora.

Como esclarecido na resposta ofertada, a inclusão no sistema RENAJUD não é de responsabilidade do DETRAN, mas de órgãos do judiciário.

Assim, deve a autora mover a ação visando a retomada do veículo, em face da pessoa para quem o entregou, podendo postular nesta demanda, até em sede de liminar, o bloqueio do veículo no sistema RENAJUD.

Não se justifica demanda em face do órgão de trânsito.

Diante do quadro acima, de rigor a manutenção da sentença proferida.

4. 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.

Isto posto, o recurso é conhecido e improvido, ficando mantida a sentença de fls. 104/105. Nos moldes do art. 85, § 11º do NCPC, arcará a autora com a sucumbência e honorários advocatícios que ficam fixados em R$ 1.000,00, corrigidos a partir desta data.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0037324-45.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado MARIA DE FATIMA DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados/apelantes PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso da autora e negaram provimento ao da Municipalidade. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.971)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente sem voto), OSCILD DE LIMA JÚNIOR e AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 14 de setembro de 2018.

JARBAS GOMES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: DANOS MORAL E MATERIAL – Responsabilidade civil. Buraco na via pública. Acidente que resultou em lesão na região do tornozelo direito da apelante. Omissão injustificada das rés. Demonstração do nexo causal entre o fato lesivo e os danos suportados. Indenização devida.

RECURSO DA AUTORA PROVIDO. APELAÇÃO DA MUNICIPALIDADE NÃO PROVIDA.

VOTO

Trata-se de ação de ordinária ajuizada por "*MARIA DE FÁTIMA DOS SANTOS*" contra a "*PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO" e "COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DE ÁGUA E ESGOTO DE SÃO PAULO - SABESP*" objetivando a reparação de danos material e moral que suportou ao tropeçar em buraco na via pública que a impossibilitou de exercer temporariamente suas atividades habituas.

A r. sentença de fls. 368-374, aclarada às fls. 379-383 E 422-423, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedente o pedido para condenar as rés solidariamente ao pagamento de danos material, no valor de R$ 1.932,00 (mil novecentos e trinta e dois reais), bem como danos morais de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), rateando-se as custas, despesas processuais e honorários advocatícios entre as partes.

Inconformadas, apelam as partes.

A autora almejando a majoração dos danos morais arbitrados, a obtenção de indenização por lucros cessantes, a inaplicabilidade da Lei nº 11.960/09 e a condenação das rés em honorários advocatícios.

A Prefeitura Municipal de São Paulo, por sua vez, argui preliminar de ilegitimidade passiva "*ad causam*" e, no mérito, ausência de responsabilidade no evento danoso. Subsidiariamente, requer a observância da Lei nº 11.960/09 (fls. 428-440).

Os recursos foram processados, sobrevindo as respectivas contrarrazões (fls. 442-446 e 452-470).

É o breve relato.

Inicialmente, rejeita-se a preliminar de ilegitimidade passiva "*ad causam*" arguida pela Prefeitura Municipal de São Paulo, porquanto possui responsabilidade solidária na hipótese de eventual omissão na fiscalização e manutenção da via pública.

Superadas as questões preliminares, analisa-se o mérito da pretensão.

Afirma a autora em sua inicial que no dia 26/02/2012, por volta das 13h,

Acesso ao Sumário

fraturou o tornozelo direito e sofreu luxação no pulso da mão direita, em razão de buraco não sinalizado na rua General Pereira Barredo, 45, bairro do Itaim Paulista, permanecendo afastada temporariamente de suas atividades laborais.

Os fatos alegados foram comprovados por meio de fotos do momento do acidente (fls. 49-57), fichas de atendimento/atestados médicos (fls. 62-65 e 70-75 e 86-88) e boletim de ocorrência (fls. 58).

De outra parte, em perícia realizada pelo Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo IMESC foi constatado que a autora "não apresenta incapacidade para exercer suas atividades laborativas normais. Baseado nos fatos narrados na inicial esta estabelecido o nexo causal. Após o acidente houve incapacidade laboral total e temporária por um período de 90 dias, tempo necessário para consolidação da lesão. Não há dano estético" (fls. 294-297).

O conjunto probatório coligido permite aferir, com a certeza necessária, a ocorrência do nexo causal entre o fato lesivo e os danos suportados pela autora.

Daí porque, sequer há de acolher eventual arguição no sentido de que a *própria autora seria a única causadora do evento danoso* já que a rua não estava completamente plana e contava com um buraco e que comprometia a segurança daqueles que por ela transitava.

Ora, uma vez constatada a omissão injustificada da Administração na reparação e/ou manutenção da via, os argumentos invocados pelas rés não são suficientes para afastar o dever de indenizar os danos dela decorrentes.

Outrossim, é assente na doutrina e na jurisprudência que "*tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes – a negligência, a imperícia ou a imprudência – não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço"* que, entretanto*, "não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro*" (RE nº 382.054/RJ, 2ª T., rel. Min. Carlos Velloso, j. em 3.8.2004).

Ficou demonstrado o dano moral suportado em razão da queda no buraco e a respectiva lesão na região do tornozelo, evidenciando o alegado nexo causal.

Como se sabe, não pode existir responsabilidade sem a relação de causalidade entre o dano e a ação que o provocou, ou seja, sem o vínculo entre a ação e o prejuízo. Em outras palavras, "*o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexo representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa*." (cf. Maria Helena Diniz, in Curso de Direito Civil Brasileiro Responsabilidade Civil, ed. Saraiva, 21ª ed. p. 107/108).

Acesso ao Sumário

Nesse particular, deve-se ponderar que a autora transitava normalmente pela via pública e o acidente, por certo, lhe acarretou dor moral e psíquica passível de indenização, já que as rés não adotaram qualquer medida apta à manutenção da via e à proteção dos cidadãos que ali transitavam.

Sobre o tema, lembra Sérgio Cavalieri Filho, que:

"(...) só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia, desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos"

(Programa de Responsabilidade Civil, 5ª ed. rev., aum. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, p. 98).

No que tange ao *quantum* indenizatório não se mostra razoável à reparação da dor moral suportada pela autora o valor fixado pela r. sentença, comportando majoração para R$ 18.000,00 (dezoito mil reais), principalmente ao se considerar, como já afirmado, o descaso injustificado das rés na fiscalização e reparação célere e imediata da via.

Da mesma forma, a autora fez prova de ter suportado danos materiais de R$ 1.932,00 (mil novecentos e trinta e dois reais) que devem ser indenizados pelas rés, assim como os danos morais, com a incidência de atualização monetária e juros moratórios, estes últimos contados da citação.

Importante sublinhar, por necessário, que a apelante não sofreu qualquer prejuízo de remuneração salarial no período em que esteve incapacitada para o exercício de suas funções habituais em razão do evento danoso, tendo em conta o direito de pleito ao pagamento de benefício acidentário junto ao Instituto Nacional de Seguro Social - INSS, o que também afasta a pretensão de indenização por "lucros cessantes".

Em sede de cumprimento de sentença, dever-se- á atentar aos parâmetros definidos pelos Colendos Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça quando dos julgamentos do RE nº 870.947/SE, Tema nº 810, STF, DJe de 20/11/2017, bem como do REsp nº 1.495.146/MG, Tema 905, STJ, DJe de 02/03/2018, notadamente no que diz respeito à Lei Federal nº 11.960/2009.

Por fim, "*em matéria de honorários e de despesas, fala mais alto o princípio da causalidade, ou seja, responde por eles a parte que deu causa à instauração do processo*" (Theotonio Negrão, Codigo de Processo Civil e

Acesso ao Sumário

Legislação Processual em Vigor, 45ª ed., Ed. Saraiva, pág. 144).

Aliás, "*os ônus sucumbenciais subordinam-se ao princípio da causalidade: devem ser suportados por quem deu causa à instauração do processo*" (STJ 1ª Turma, REsp nº 664.475, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 03/05/2005, DJe).

Assim, considerando-se a condenação das rés em Primeiro Grau no pagamento da indenização por danos moral e material, não agiu com acerto o MM. Juízo "*a quo*" ao reconhecer a sucumbência recíproca.

Os ônus da sucumbência são de responsabilidade das rés, notadamente dos honorários advocatícios ora fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, observados os incisos I, II, III e IV, do § 2º do artigo 85 do Código de Processo Civil (*o grau de zelo profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço*), porquanto se mostra razoável e confere remuneração adequada ao patrono da embargante.

De igual modo, nesta fase do procedimento incide também o artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, razão pela qual majoram-se os honorários advocatícios devidos pelas rés em 5% (cinco por cento).

Isto posto, dá-se provimento ao recurso da autora e nega-se provimento à apelação da Municipalidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1031339-39.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelada JANE APARECIDA EUGENIO, é apelado/apelante SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV.

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, com observação. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7.866)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VERA ANGRISANI (Presidente) e RENATO DELBIANCO.

São Paulo, 17 de setembro de 2018.

CARLOS VON ADAMEK, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA – PENSÃO POR MORTE – CONSTITUIÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL – EXTINÇÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO

– RESTITUIÇÃO DAS PARCELAS RECEBIDAS INDEVIDAMENTE – União estável equiparada a casamento para fins de extinção do benefício da pensão por morte – Conjunto probatório dos autos que demonstra a existência da união estável da beneficiária com terceiro, devendo ser extinto, em razão desse fato, o benefício de pensão por morte de seu genitor (policial militar) – Inteligência do art. 8º, III, c.c. art. 19, inc. II, ambos da Lei Estadual nº 452/1974 – Jurisprudência desta Corte – Restituição das parcelas indevidamente recebidas pela ré Correta aplicação do termo inicial da correção monetária e dos juros moratórios na r. sentença – Índices de juros moratórios e de correção monetária que se aplicam consoante a decisão do E. STF no Tema 810 – Matéria de ordem pública cognoscível de ofício – Inocorrência de 'reformatio in pejus' – Sentença condenatória ilíquida – Fixação da verba honorária quando da liquidação do julgado, considerando-se a majoração decorrente da atuação em grau recursal – Recursos desprovidos, com observação.

VOTO

Trata-se de apelações interpostas contra a r. sentença de fls. 191/193, aclarada à fl. 206, cujo relatório adoto, que, reconhecendo o recebimento indevido de pensão por morte na qualidade de filha solteira, após haver construído união estável, julgou procedente o pedido da ação ajuizada pela autora, determinando a restituição do valor constante na inicial, devidamente atualizado, com a correção monetária desde a data do desembolso pela autora em favor da beneficiária, observando os índices da Tabela de Correção Monetária desta Corte; e os juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação (CC, art. 405; e CPC/2015, art. 240), cujo montante será apurado na fase executória por simples cálculo do contador judicial. Diante da sucumbência, condenou a ré ao pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios de sucumbência, arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da causa (CPC/2015, art. 85, §§ 2º e 3º, I), cuja cobrança fica suspensa até ulterior comprovação de alteração da situação econômica da ré, diante do deferimento da gratuidade de justiça.

Os embargos declaratórios opostos pela autora (fls. 195/197) e pela ré (fls. 199/201), foram acolhidos (fl. 206), para: (i) esclarecer que a correção monetária incide desde a data do desembolso pela autora em favor da ré beneficiária, e os juros de mora, desde a citação (CC, art. 405; e CPC/2015, art. 240); (ii) deferir à

Acesso ao Sumário

ré os benefícios da gratuidade processual, e suspender a cobrança das verbas de sucumbência, até ulterior comprovação da alteração da sua condição.

Apelou a ré (fls. 208/219), objetivando a inversão do julgado, alegando, em síntese, que: a) na data que foi proferida a decisão no processo administrativo que extinguiu o benefício da ré, em 07.05.2015, diante da constatação de que vivia em união estável, estava em vigor a Lei Complementar Estadual nº 1.013/2007, que modificou e revogou, respectivamente, os art. 8º, III, e 19, III, ambos da Lei Estadual nº 452/1974, que serviram de embasamento para a dita extinção de sua pensão, disso decorrendo a sua nulidade; b) não houve comprovação documental de que a ré teria se casado, ostentando, até a presente data, o estado civil de solteira, como declarado no recadastramento feito junto à autora, por isso fazendo jus à continuidade ao recebimento do benefício; c) lei posterior não pode atingir os direitos adquiridos pela ré, salvo literal determinação nesse sentido, de modo a prevalecer os termos da Lei Estadual nº 452/1974, em vigor na época, que não considerava a união estável como fundamento para extinção do benefício de pensão por morte, não admitindo analogia ou entendimento diverso, de modo que "*uma possível união estável, já existente à época da concessão, como no presente caso, não poderia ser argumento utilizado para extinção do benefício, mesmo depois de possíveis legislações posteriores*" (fl. 215); d) é descabida a pretensão de restituição porque afora os benefícios previdenciários possuírem natureza alimentar, a autora não formulou esse pedido, limitando-se a pleitear a condenação da ré no valor mencionado na inicial, a demonstrar o caráter *extra petita do decisum*.

A autora SPPREV, aduziu igual inconformismo (fls. 230/233), pretendendo a reforma do *decisum*, a fim de que seja a ré condenada ao pagamento do valor de R$ 273.656,34, corrigido e acrescido de juros de mora desde abril/2016 (data da consolidação do débito), ou, subsidiariamente, desde o desembolso de cada parcela, nos termos do art. 406 do CC.

Houve o oferecimento de contrarrazões pela autora (fls. 225/229), e pela ré (fls. 239/243).

A ré manejou petição de concordância com o julgamento virtual (fl. 247).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal da tempestividade (fls. 207/208 e 230) – sem o recolhimento dos preparos recursais a esta Superior Instância, por ser a ré apelante beneficiária da gratuidade de justiça (fl. 206), e a autora apelante, autarquia estadual (CPC/2015, art. 1.007, § 1º; Lei Estadual nº 11.608/2003, art. 6º) –, os recursos são recebidos e conhecidos, admitindo-se o seu processamento em seus regulares efeitos.

De antemão, observo ser descabida a alegação de que a r. sentença seria *extra petita*, por haver condenado a ré a restituir os valores por ela indevidamente

Acesso ao Sumário

recebidos a título de pensão por morte, na qualidade de filha de policial militar, pois trata-se de "*ação de cobrança*" (fl. 01) ajuizada com fundamento no "*direito da autora à restituição do valor pago indevidamente à ré no período em que viveu em regime de união estável e declarou ser solteira, recebendo inclusive pensão por morte do INSS, na qualidade de companheira de Sylvio Guimarães, posto que não fazia mais jus nesta condição ao recebimento da pensão, sob pena de enriquecimento ilícito, nos termos do artigo 884 e segs. do Código Civil. Convém ressaltar que o direito de cobrança da autora não é derivada de ilegalidade ou inconstitucionalidade de benefício concedido à filha solteira, mas na ocorrência do termo final da pensão, ou seja, a união estável da pensionista, nos exatos termos do artigo 8º, inciso III c.c. artigo 19, inciso II da Lei Estadual nº 452/74. (...). De fato, ocorreu o pagamento indevido no valor apurado até abril de 2016 de R$ 273.656,34 (duzentos e setenta e três mil seiscentos e cinquenta e seis reais e trinta e quatro centavos). Assim, imperiosa a devolução do numerário recebido pelo réu de forma indevida, nos termos dos artigos 876 e 884 do Código Civil, in verbis*: (...) – (fls. 03/04).

O caso em tela versa sobre beneficiária de pensão por morte oriunda do falecimento de seu genitor, Eugênio Filho, policial militar, falecido em 04.08.1975, repercutindo nessa situação os artigos 8º, III, e 19, II, da Lei Estadual nº 452/1974 (com a redação em vigor à época do óbito):

"Art. 8º - São beneficiários obrigatórios:

(...) III – as filhas solteiras, menores de 25 anos, ou inválidas;

Artigo 19 - Extingue-se o direito do beneficiário à percepção da pensão, além de nos casos expressamente previstos por esta lei:

(...) II – pelo casamento".

Em que pese a lei referir-se apenas a casamento para fins de extinção da pensão por morte, a referida disposição abrange, também, a união estável, porquanto os valores consagrados pela Constituição Federal de 1988, em especial os atrelados à igualdade e à isonomia, devem repercutir sobre o texto dessa lei para equiparar ambos os regimes para fins de concessão do benefício da pensão por morte.

Assim, estando a união estável equiparada ao casamento para fins de concessão e manutenção da pensão por morte, escorreita a

r. sentença ao reconhecer a extinção do benefício por esse motivo, considerando que o conjunto probatório dos autos revela a presença dos requisitos que caracterizam essa forma de constituição familiar.

Nesse sentido, jurisprudência deste Tribunal:

"Apelação cível – Restabelecimento de pensão por morte – Viúva de policial militar – Extinção do benefício ante a existência de união estável – Elementos probatórios que corroboram a conclusão – Previsão de cancelamento do benefício em razão de novo casamento na redação original da Lei nº 452/1974 – União estável equiparada em direitos e

Acesso ao Sumário

obrigações ao casamento pela Constituição de 1988 – Recurso da autora desprovido" **(TJSP, Apelação 1041557-29.2016.8.26.0053, Rel. Des. LUCIANA BRESCIANI, 2ª Câmara de Direito Público, j. em 04/12/2017).**

Destaque-se que do precedente acima coligido consta do voto vencedor a seguinte argumentação, a qual corrobora a equiparação entre união estável e casamento para fins de pensão por morte:

"Não se pode admitir a interpretação pretendida pela autora de que a norma não abrange a "união estável". A união estável gera direitos, tal como o casamento, inclusive pensão por morte. Por coerência, também pode extinguir o direito ao benefício. A igualdade implica em direitos e deveres. A interpretação das normas deve ser tal que permita harmonia do sistema. Retirar para si o melhor de cada dispositivo também resulta em afronta à previsão constitucional de que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento".

Ademais, após diligências realizadas em prévia averiguação social (fls. 06/39), houve a instauração de processo administrativo para extinção do benefício de pensão por morte conferida à filha solteira (fls. 40/65), do qual foi a ré devidamente cientificada para apresentar defesa e também da suspensão do pagamento (fls. 42/49), sem, contudo, ofertar qualquer manifestação nos autos (fls. 51 e 62). Concluiu-se, destarte, pela configuração de união estável com Sylvio (ou Silvio) Guimarães de Souza, com quem teve dois filhos (Sylvia Cristina Guimarães de Souza, nascida em 10.09.1972, e Wagner Tadeu Guimarães de Souza, nascido em 17.07.1976), sendo ela beneficiária, inclusive de pensão por morte de seu companheiro, desde 12.04.2008 (ofício-resposta do INSS – fl. 23) (parecer e decisão – fls. 66/81).

Entendeu-se, ainda, pela possiblidade de cobrança de valores retroativos (fls. 71/74), diante da configuração de má-fé da ré, por ter negado sua condição de convivente em união estável por ocasião do recadastramento realizado em 2010, 2012 e 2013 (conforme fls. 78/80).

Ao recurso ofertado pela ré no citado procedimento administrativo (fls. 90/97), foi negado provimento (fls. 106/117 e 125), culminando com sua intimação para restituição da quantia de R$ 220.641,92, sendo R$ 240.084,80 o valor devidamente atualizado (fls. 143/145).

Em que pesem as alegações da ré, a constituição da união estável não restou elidida em juízo, diante de todos os fatos apurados por ocasião do procedimento administrativo, não sendo suficiente, à evidência, sua afirmação de que continua a ostentar o estado civil de solteira, que assim se qualificou por ocasião dos recadastramentos junto à autora, afora a inexistência de qualquer documento hábil a comprovar a realização de "casamento".

Descabida, outrossim, a alegação de nulidade do ato decisório proferido

na seara administrativa, porque os dispositivos legais que a embasaram (os supracitados arts. 8º, III, e 19, II, da Lei Estadual nº 452/1974) haviam sido modificados e revogados pela Lei Complementar Estadual nº 1.013/2007, quando de sua prolação (07.05.2015 – fl. 81) – (fl. 212).

Como é cediço, deve ser aplicada à questão, a lei em vigor no momento do óbito do genitor da ré (ocorrido em 04.08.1975), nos termos da Súmula nº 140 do C. STJ: "*A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado*".

Curiosamente, a alegação da ré no sentido de aplicação da citada Lei Complementar Estadual nº 1.013/2007, não a favorece, uma vez que alterou a redação do art. 10 da Lei Estadual nº 452/1974, passando a estabelecer, de maneira expressa, como uma das causas de perda da qualidade de dependente, além do matrimônio, a **constituição de união estável** (inciso III, do art. 10).

E por isso, de maneira, absolutamente contraditória, em outro trecho de suas razões recursais, aduz a ré que a posterior Lei Complementar Estadual nº 1.013/2017 não pode retroagir para atingir os direitos por ela adquiridos, concernentes à continuidade ao recebimento do benefício, de modo que os termos da Lei Estadual nº 452/1974, "*socorrem os direito da apelante*", razão pela qual, mesmo que se admitisse a ocorrência da suposta união estável, essa hipótese não estaria incluída como fundamento da extinção do benefício da pensão por morte, apenas e somente o casamento (fls. 213/214).

No que tange ao pedido de restituição dos valores recebidos a título de pensão por morte de seu genitor pela ré, impende verificar se ela agiu de boa ou má-fé.

Dessa maneira, ainda que se considerasse que a ré recebia o benefício decorrente do óbito de seu genitor de boa-fé, a partir do momento em que iniciada a investigação dos fatos, em 20.08.2013 (fl. 06), com a oitiva da ré, ocasião em que negou haver constituído união estável e afirmou que o pai dos seus filhos houvesse falecido, mas desconhecia a data do óbito (fl. 16), entendo que a boa-fé não mais persistiu:

> *"Em contato com a pensionista na sua residência atual, ela relatou que nunca teve relacionamento com outra pessoa, e que teve seu primeiro filho quando seu genitor ainda era vivo, em 1972, e o segundo em 1976, e que o pai de seus filhos, Srº Sylvio, é falecido não sabendo, porém, a data do óbito. Foi feito consulta via PRODESP, onde realmente consta seu falecimento" (fl. 16).*

De se notar que já recebia a pensão em razão do óbito do companheiro junto ao INSS, desde 12.04.2008 (fl. 23), e continuou a se declarar solteira e negar a constituição de união estável no recadastramento anual de pensionista dos anos de 2010, 2012 e 2013 (fls. 78/80).

Acesso ao Sumário

Nessa conformidade, não restam dúvidas de que a restituição deve ser aqui mantida, como determinado pelo julgador de primeira instância, pois verifica-se que, de fato, houve recebimento indevido e de má-fé pela ré, o que se reforça pelos termos de suas razões recursais em que nada menciona acerca da pensão por morte recebida, justamente, em razão da união estável constituída com o companheiro falecido, e, embora insista em negar a sua ocorrência, por ostentar a condição de "solteira", aduz que apenas o casamento seria hábil para embasar a extinção do pagamento de seu benefício.

Assim, comprovada a constituição de união estável pela ré, ainda que já extinta pelo falecimento do companheiro, de rigor o cancelamento do benefício. Como a parte ré tinha plena ciência de que a concessão da pensão por morte se daria somente enquanto permanecesse "solteira", em consonância com a legislação em vigor à época, conforme se verifica do teor de suas manifestações nos autos, de rigor reconhecer a má-fé por parte da beneficiária em continuar percebendo benefício indevido, como feito pelo julgador *a quo* nos seguintes termos (fls. 192/193):

> *"Principalmente considerando o presente caso, o qual tem os fatos mais que suficientemente comprovados cabalmente nos autos, mediante processo administrativo regular, que constituíram provas irrefutáveis e incontroversas quanto ao seguinte:*
>
> *De fato, (i) a ré recebia pensão de seu falecido pai, de 12/09/1975 até 01/01/2015; (ii) tendo mantido relação de união estável que gerou dois filhos; (iii) continuou a receber a pensão mesmo após o 'ajuntamento'; (iv) após falecido seu companheiro, requereu a pensão junto ao INSS na qualidade de companheira. Ou seja: a narrativa dos fatos, indubitavelmente, corrobora com o alegado na petição inicial.*
>
> *(...) No mais, não há de se considerar o argumento de que a ré seria solteira pelo fato de assim se declarar e constar em seu prontuário civil. Isso porque se declarou como companheira do falecido Sylvio Guimarães, comprovadamente desde 12/04/2008, não havendo de se considerar como tal para o presente caso.*
>
> *Ressalta-se que, quanto aos valores apresentados na exordial, não houve impugnação específica, pelo que os reputo corretos e devidos.*
>
> *Configurado o dever da ré de reparar o dano causa à SPPREV, decorrente do recebimento de valores indevidos, sendo de rigor o direito à restituição nos termos dos artigos 876 e 887 do Código Civil (...)".*

Nesse sentido, jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal:

> *AGRAVO INTERNO. PREVIDENCIÁRIO. RESTITUIÇÃO DE QUANTIA RECEBIDA DE MÁ-FÉ. PARCELAMENTO. POSSIBILIDADE. 1. Este Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido da possibilidade de parcelamento de quantias, ainda que recebidas de má-*

Acesso ao Sumário

fé, com dolo ou objeto de fraude, dada sua natureza alimentar. 2. Agravo interno ao qual se nega provimento. **(STJ, AgRg no REsp 733.690/RN, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 22/02/2010);**

Apelação Cível – Ação Ordinária de Cobrança – Ajuizamento de ação em face de beneficiário visando à restituição dos valores recebidos ao Estado – Caso de pensionista de ex-servidor público estadual, na condição de filha solteira, que não teria comunicado a união estável, declaração esta, feita somente quando do pedido de nova pensão em razão do falecimento do companheiro, também ex-servidor público – Sentença de procedência para condenar a pensionista à devolução dos valores correspondentes aos últimos cinco anos – Decisão escorreita – Ausência de boa-fé – Inteligência do artigo 147, inciso II, § 3º, da Lei Complementar Estadual 180/78, vigente à época do óbito do instituidor da primeira pensão, nos termos da Súmula 340 do Superior Tribunal de Justiça – Precedentes – Pretensão de inversão do julgado – Inadmissibilidade – Recurso desprovido. **(TJSP, Apelação 1001385-32.2015.8.26.0198, Des. Rel. EDUARDO GOUVÊA, 7ª Câmara de Direito Público, julgamento 12/12/2017);**

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 – 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. **(TJSP, Apelação 1056444-18.2016.8.26.0053, Des. Rel. SPOLADORE DOMINGUEZ, 13ª Câmara de Direito Público, julgamento 06/12/2017);**

COBRANÇA – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – Pensão por morte paga indevidamente – Beneficiário que vivia em união estável e não comunicou o Instituto Nascimento de filho desta união – Extinção da pensão – Dever de restituição dos valores recebidos indevidamente – Sentença de procedência com determinação de incidência de juros de mora a partir da citação – Insurgência do autor – Pretensão à aplicação dos juros a partir de cada pagamento efetivado – Inadmissibilidade – Trata-se de repetição de indébito (art. 884 do CC), sendo inaplicável à espécie a regra do art. 398 do CC – Verba honorária majorada – Recurso parcialmente provido. **(TJSP, Apelação 0116529-02.2007.8.26.0053, Des. Rel. REINALDO MILUZZI, 6ª Câmara de Direito Público, julgamento 03/02/2014).**

Acesso ao Sumário

Melhor sorte não assiste à autora em seu apelo, uma vez que a r. sentença corretamente estabeleceu que a correção monetária é devida desde a data dos respectivos desembolsos pela autora em favor da beneficiária, e os juros moratórios, a partir da citação, data em que houve sua constituição em mora, nos termos do art. 405 do CC e 240 do CPC/2015, sendo inaplicável, ao caso, o art. 398 do CC.

Em relação aos índices dos juros e de correção monetária, deve ser observada a questão pacificada pelo Excelso STF (**STF, RE nº 870.947/SE, rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, Repercussão Geral – Tema nº 810, julgado em 20.09.2017**), segundo o qual, a correção monetária das condenações impostas à Fazenda Pública, oriundas de crédito não tributário, deve observar o IPCA-E (após 25.03.2015), enquanto os juros de mora devem incidir a partir da citação, consoante a sistemática do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/1997, com a redação dada pelo art. 5º da Lei nº 11.960/2009, observando, para tanto, a modulação prospectiva dos seus efeitos pela ADI nº 4357, também julgada pelo Excelso Pretório, cujos dizeres determinaram a incidência do índice de caderneta de poupança (TR), para correção monetária, somente até 25.03.2015.

De modo que, nesse ponto, a r. sentença merece pequeno reparo, para aplicação do entendimento do E. STF – e melhor esclarecido pelo E. STJ no julgamento do Tema de Recursos Repetitivos nº 905, aplicável ao presente caso visto que não houve expedição de precatório, afastando, pois, a modulação de efeitos pela Corte Suprema[1] para que incida a correção monetária com base no IPCA-E, e juros moratórios consoante a sistemática do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/1997, com a redação dada pelo art. 5º da Lei nº 11.960/2009, sobre as parcelas a serem restituídas pela ré, diante da expressa finalidade de se uniformizar os critérios para a atualização monetária de condenações judiciais da Fazenda Pública e em respeito à coisa julgada.

Observo que se trata de matéria de ordem pública, logo, cognoscível de ofício, não resultando em reformatio *in pejus*, consoante o entendimento desta Colenda Corte:

> *"Acréscimos incidentes sobre o débito (juros e correção monetária), caracterizam-se como matéria de ordem pública, permitindo aplicação ou alteração de ofício sem que se configure reformatio in pejus"* **(Apelação nº 0001948-13.2015.8.26.0596, Rel. Des. FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA, 13ª Câmara de Direito Público, j. em 29.11.2017).**

Tendo em vista se tratar de sentença ilíquida, determino que o percentual

Acesso ao Sumário

1 Naquela oportunidade, entendeu o E. STJ que "[a] *modulação dos efeitos da decisão que declarou inconstitucional a atualização monetária dos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, objetivou reconhecer a validade dos precatórios expedidos ou pagos até 25 de março de 2015, impedindo, desse modo, a rediscussão do débito baseada na aplicação de índices diversos. Assim, mostra-se descabida a modulação em relação aos casos em que não ocorreu expedição ou pagamento de precatório*" (g.n.).

dos honorários advocatícios seja arbitrado por ocasião da liquidação do julgado, considerando-se, inclusive, a atuação em grau recursal (CPC/2015, art. 85, §§ 4º, II, e 11), ressalvada a gratuidade concedida à autora apelante (fl. 206).

Por derradeiro, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional invocada, observando o pacífico entendimento do Colendo STJ de que "*é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida*". Além disso, esclareço também que eventuais recursos de "*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*" **(STJ, EDcl no RMS nº 18205/SP, rel. Min. FELIX FISCHER, julgado em 18.04.2006).**

Ante o exposto, **nego provimento** aos recursos, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006947-67.2017.8.26.0322, da Comarca de Lins, em que é apelante JOÃO PEDRO DE OLIVEIRA, é apelado DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO - DETRAN.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.277)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SOUZA NERY (Presidente sem voto), J. M. RIBEIRO DE PAULA e EDSON FERREIRA.

São Paulo, 4 de setembro de 2018.

OSVALDO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – CNH – Suspensão do direito de dirigir – Anotação de penalidade no RENACH – Impossibilidade – Descumprimento do artigo 19 da Resolução CONTRAN nº 182/2005 – A aplicação da penalidade em questão só é possível após decisão final e devidamente motivada da autoridade administrativa, incluindo a fase recursal do procedimento, a emissão de notificação para a entrega da CNH e o decurso do

Acesso ao Sumário

prazo nela fixado para a sua entrega – Administração que não agiu dentro da estrita legalidade – Recurso provido em parte.

VOTO

Trata-se de apelação em face da sentença de fls. 158/160, cujo relatório se adota, que denegou a segurança e condenou o impetrante a arcar com as custas processuais.

O impetrante apelou (fls. 163/173) alegando, em síntese, que o processo administrativo instaurado está pendente de julgamento. A presunção dos atos administrativos não pode servir para que administração pública elabore documentos de forma unilateral. Deve ser respeitado o devido processo legal, bem como a ampla defesa e o contraditório. A presunção de legitimidade dos atos administrativos está sendo utilizada para acobertar erros e omissões da administração pública. Restou comprovado que o impetrante não foi notificado para entregar sua CNH, nos termos do que determina o artigo 19 da presente Resolução nº 182/05, e, portanto, conforme dispõe o artigo 24 da mesma Resolução, o processo administrativo instaurado não está encerrado. Sua CNH está vencida. O impetrado não comprovou que expediu e remeteu as notificações exigidas pela Resolução nº 182/05 do CONTRAN. Não consta nos autos lista de remessa aos correios, FAC - LOTE ou comprovante de AR. O documento de fls. 126 foi produzido unilateralmente e às pressas.

O DETRAN apresentou contrarrazões (fls. 187/189).

É o relatório.

Pretende o impetrante a exclusão de qualquer tipo de restrição ou impedimento lançado no cadastro do RENACH, relativamente ao procedimento de suspensão do seu direito de dirigir, autuado sob o número 2212006000/12.

Razão lhe assiste em parte.

Como cediço, os princípios da ampla defesa e do contraditório constituem matizes fundamentais que conferem legitimidade ao procedimento administrativo (artigo 5º, inciso LV, da Carta da República), de modo que sua inobservância fere de morte o ato.

O próprio Código de Trânsito Brasileiro (artigo 265) prevê expressamente essas garantias no procedimento instaurado para a aplicação da penalidade de suspensão do direito de dirigir e/ou de cassação do documento de habilitação, de modo que, na dúvida, dada a importância de sua natureza, não se pode presumir a sua observância.

A Resolução CONTRAN nº 182/05, por sua vez, que dispõe sobre a uniformização do procedimento administrativo para imposição das penalidades de suspensão do direito de dirigir e de cassação da Carteira Nacional de

Acesso ao Sumário

Habilitação, assim estabelece em seu artigo 24:

> Artigo 24. No curso no processo administrativo de que trata esta resolução não incidirá nenhuma restrição no prontuário do infrator, inclusive para fins de mudança de categoria da CNH, renovação e transferência para outra unidade da federação, até notificação para a entrega da CNH, de que trata o artigo 19.
>
> E o artigo 19 da aludida Resolução sagra que:
>
> Artigo 19. Mantida a penalidade pelos órgãos recursais ou não havendo interposição de recurso, a autoridade de trânsito notificará o infrator, utilizando o mesmo procedimento dos §§ 1º e 2º do artigo 10 desta Resolução, para entregar sua CNH até a data do término do prazo constante na notificação, que não será inferior a 48 (quarenta e oito) horas, contadas a partir da notificação, sob as penas da lei.
>
> § 1º. Encerrado o prazo previsto no caput deste artigo, a imposição da penalidade será inscrita no RENACH.

Portanto, a suspensão ou a cassação do direito de dirigir, como pena, só podem ser admitidas após a decisão final e devidamente motivada da autoridade administrativa, incluindo a fase recursal do procedimento, a emissão de notificação para a entrega da CNH e o decurso do prazo nela fixado para a sua entrega. Antes disso, a aplicação dessas penalidades mostra- se prematura e precipitada.

Na hipótese, contudo, não logrou a autoridade impetrada demonstrar ter efetivado a notificação a que aludido o mencionado dispositivo.

Bem se vê que os documentos de fls. 126/127 não dão conta do envio da notificação, mas apenas da sua elaboração. Se tivesse sido encaminhada, o Aviso de Recebimento teria número de registro e bem assim anotação do carteiro das tentativas de entrega ou entrega efetiva.

Assim sendo, evidenciado o direito líquido e certo do recorrente de ter excluída qualquer restrição no cadastro do RENACH, relativamente ao Procedimento Administrativo nº 0000917-9/2012 (fls. 48), enquanto não efetivada essa última notificação e não decorrido o prazo nela fixado.

Por conseguinte, faz-se mister a reforma da r. sentença para conceder em parte a segurança a fim de determinar a exclusão de qualquer restrição no cadastro do impetrante que lhe impeça a renovação de sua CNH, relativamente ao Procedimento Administrativo nº 0000917-9/2012, enquanto não efetivada a notificação a que alude o artigo 19 da Resolução CONTRAN nº 182/2005 e não decorrido o prazo nela fixado. Custas “ex lege”. Incabível a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/09.

À vista do exposto, dá-se provimento em parte ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0030366-09.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes HELENA MINGUIM NOGUEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), ARLETE LONGATTI COELHO (JUSTIÇA GRATUITA), BENEDITA DA SILVA CARLOS (JUSTIÇA GRATUITA), BENEDITA DA SILVA MARTINS DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), CONCEIÇÃO ANA PEREIRA (JUSTIÇA GRATUITA), DALILA CONCEIÇÃO BORIN DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), DIDIER MARQUES DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), JOSÉ FERREIRA DE MORAES (JUSTIÇA GRATUITA), DURVALINO AUGUSTINHO FRANCISCO (JUSTIÇA GRATUITA), EVANGELINO SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), FLORANETI BARBOSA SANDOVAL (JUSTIÇA GRATUITA), FRANCISCO MARTINS JATUBÁ (JUSTIÇA GRATUITA), GABRIEL GONZAGA NETTO (JUSTIÇA GRATUITA), GENI RESENDE FERREIRA (JUSTIÇA GRATUITA), DURVALINA GERALDINA ROSA (JUSTIÇA GRATUITA), JOSÉ FLÁVIO FELIX (JUSTIÇA GRATUITA), JUSMARIA ALVES BERTON (JUSTIÇA GRATUITA), JOÃO BATISTA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), JOÃO BERTON (JUSTIÇA GRATUITA), JOÃO BOTELHO FILHO (JUSTIÇA GRATUITA), JENNY JULIANO ALBERTI (JUSTIÇA GRATUITA), JOSÉ ANTONIO DE MORAES (JUSTIÇA GRATUITA), JOÃO BATISTA CAMPOS (JUSTIÇA GRATUITA), APPARECIDA BORIO RODRIGUES (JUSTIÇA GRATUITA), LEVINO MESSIAS GUIMARÃES (JUSTIÇA GRATUITA), LOURDES DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), NELZEA ARANTES DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA), TARCISO DIAS BEXIGA (JUSTIÇA GRATUITA), JOSE FONSECA (JUSTIÇA GRATUITA) e LÁZARO DOMINGUES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.335)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SOUZA NERY (Presidente) e SOUZA MEIRELLES.

São Paulo, 5 de setembro de 2018.

EDSON FERREIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: FEPASA. Complementações de aposentadorias e pensões. Postulação de diferenças por erro na conversão de salários em URV. Prescrição

de fundo do direito afastada pelo Superior Tribunal de Justiça, ficando restrita às parcelas vencidas mais de cinco anos antes do ajuizamento da ação por não ter sido negado o próprio direito reclamado. Detectado pelo TRT de São Paulo que na conversão em URV a partir de 1º de março de 1994 os vencimentos ficaram inferiores, em cruzeiros reais, aos de fevereiro de 1994. Violação ao disposto no artigo 22, § 2º, da Lei nº 8880/1994 e à garantia da irredutibilidade de vencimentos. Recomposição devida, desde cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação. Recurso provido para julgar procedente a demanda, com inversão dos ônus da sucumbência.

VOTO

Esta Câmara reconheceu prescrição de fundo de direito em demanda de beneficiários de complementação de aposentadoria e pensão da extinta FEPASA por diferenças decorrentes de incorreta conversão de salários em URV, julgada improcedente em primeiro grau, nos termos do artigo 285-A, do Código de Processo Civil anterior, fls. 528/533, afastada pelo Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial, fls. 655/658, impondo-se por isso novo julgamento.

Prescrição que fica restrita às repercussões do pedido sobre período de mais de cinco anos anterior ao ajuizamento da ação.

Aposentados e pensionistas de ferroviários da extinta FEPASA postulam diferenças decorrentes de erro na conversão dos salários em URV a partir em 1º de março de 1994.

A petição inicial alude ao acórdão SDC nº 357/94-A, no Dissídio Coletivo de Greve TRT/SP nº 157/94 - A, que detectou distorção aritmética na conversão dos salários dos funcionários da extinta FEPASA em URV, prejudicando as classes salariais 601 a 609, 701 a 715 e 801 a 814, com repercussão sobre as complementações de aposentadorias e pensões correspondentes às referidas classes salariais (fls. 07).

Essa distorção seria em decorrência da adoção, determinada pelo artigo 22 da Lei 8880/1994, da média, em URV, dos vencimentos de novembro e dezembro de 1993, janeiro e fevereiro de 1994, de modo que o salário de março de 1994 ficou menor, em cruzeiros reais, que o salário de fevereiro, desrespeitando a garantia de irredutibilidade.

Referida decisão do TRT foi anulada pelo TST, entendendo que não cabia dissídio coletivo na espécie, por isso sem entrar no mérito do quanto foi decidido pelo TRT.

Acesso ao Sumário

A conversão dos vencimentos em URV deveria observar o disposto no artigo 22 da Lei 8880/1994, do seguinte teor:

Art. 22. Os valores das tabelas de vencimentos, soldos e salários e das tabelas de funções de confiança e gratificadas dos servidores públicos civis e militares, são convertidos em URV em 1º de março de 1994, considerando o que determinam os artigos 37, XII, e 39, § 1º, da Constituição, observado o seguinte:

I - dividindo-se o valor nominal, vigente nos meses de novembro e dezembro de 1993 e janeiro e fevereiro de 1994, pelo valor em Cruzeiros Reais do equivalente em URV do último dia desses meses, respectivamente, de acordo com o Anexo I desta Lei, independentemente da data do pagamento;

II - extraindo-se a média aritmética dos valores resultantes

do inciso anterior.

§ 1º. O abono especial a que se refere a Medida Provisória nº 433, de 26 de fevereiro de 1994, será pago em Cruzeiros Reais e integrará, em fevereiro de 1994, o cálculo da média de que trata este artigo.

§ 2º. Da aplicação do disposto neste artigo não poderá resultar pagamento de vencimentos, soldos ou salários inferiores aos efetivamente pagos ou devidos, relativamente ao mês de fevereiro de 1994, em Cruzeiros Reais, em obediência ao disposto nos artigos 37, inciso XV, e 95, inciso III, da Constituição.

O TRT detectou que nas classes salariais referidas não foi observado que o valor resultante da média, para vigorar em URV a partir de 1º de março, não poderia ser inferior, em cruzeiros reais, aos vencimentos de fevereiro.

Assim, as complementações de aposentadorias e pensões vinculadas àquelas classes salariais devem ser revistas para que o valor a vigorar a partir de 1º de março de 1994 não seja inferior aos salários, em cruzeiros reais, de fevereiro de 1994, com recomposição das diferenças correspondentes desde cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação, com correção monetária dos respectivos vencimentos e juros de mora, a partir da citação para os vencimentos anteriores a ela e de cada vencimento que for posterior.

Quanto à compensação com os reajustes posteriores, não tem o menor cabimento, pois se apurará outro valor com o critério de conversão em URV preconizado pelo acórdão do TRT e sobre esse novo valor incidirão os reajustes subsequentes.

Ação ajuizada em 02 de agosto de 2013, já na vigência da Lei 11960/2009.

Correção monetária pelo IPCA-E e juros de mora segundo a remuneração oficial das cadernetas de poupança, Supremo Tribunal Federal, Tema 810 de Repercussão Geral, conclusão do voto do relator, Ministro Luiz Fux, e Superior Tribunal de Justiça, Tema 905.

Acesso ao Sumário

Invertendo os ônus da sucumbência, são fixados honorários advocatícios, por equidade, segundo a regra e critérios do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil anterior, em vigor ao tempo da sentença, proferida em 24 de abril de 2014, fls. 334, e o Enunciado Administrativo nº 07, do Superior Tribunal de Justiça, em dez por cento do valor da condenação.

Portanto, para julgar procedente a demanda, na forma do exposto, **DÁ-SE** provimento ao recurso dos autores.

Se as partes não manifestarem oposição, eventuais embargos de declaração serão julgados em ambiente virtual, segundo a Resolução 549/2011 desta Corte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1046113-74.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Em juízo de retratação, negaram provimento ao recurso, estando os V. Acórdãos adequados aos paradigmas. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.095)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente sem voto), LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA e MAGALHÃES COELHO.

São Paulo, 1º de outubro de 2018.

EDUARDO GOUVÊA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Ação de cobrança – Ressarcimento de valor gasto com dívida reconhecida em ação trabalhista de funcionário da Nossa Caixa – Sentença de procedência mantida – Retorno dos autos para reapreciação pela turma julgadora, em razão do julgamento do Recurso Especial nº 1.495.146/MG, Tema 905, STJ, DJe 02/03/2018 e Recurso Extraordinário representativo da controvérsia nº 870.947/SE, Tema 810, STF, DJe 20/11/2017 – Acórdão que estão adequados aos paradigmas – Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação (fls. 767/792) interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo contra a r. sentença (fls. 741/746 e 757/762) proferida pela MMa. Juíza da 6ª Vara da Fazenda Pública da Capital, em ação de cobrança ajuizada pelo Banco do Brasil S/A na qual foi condenada a pagar a importância de R$2.056.993,11, referente ao ressarcimento da complementação de aposentadoria desembolsada na reclamação trabalhista nº 01744-1990-002-00-9, ajuizada perante a 2ª Vara do Trabalho da Capital, acrescida de correção monetária pela Selic até a data do efetivo pagamento, contados desde a data do inadimplemento, conforme cláusula 5.2.3.2 do Contrato de Compra e Venda de Ações e Outras Avenças firmado entre as partes para aquisição das ações do Banco Nossa Caixa. Ao final, a magistrada condenou a ré nas custas processuais e honorários advocatícios fixados em 5% sobre o valor da condenação.

O V. Acórdão de fls. 861/872 negou provimento ao recurso da ré e determinou que quanto à aplicação da Lei nº 11.960/09 aos juros e correção monetária, no caso concreto deve ser afastada, visto que há cláusula contratual específica que determina que em caso atraso no reembolso, os juros moratórios são estipulados em 12% ao ano aplicado pro rata die, sem prejuízo da correção monetária pela SELIC até o dia do efetivo pagamento (5.2.3.2). Embargos de declaração rejeitados às fls. 899/902.

A FESP interpôs recursos extraordinário (fls. 905/913) e especial (fls. 915/942). Contrarrazões às fls. 945/968.

Em análise dos autos, o Desembargador Presidente da Seção de Direito Público, considerando o julgamento do Resp 1.495.146/MG, Tema 905 STJ, DJe 02/03/2018 e o RE 870.947/SE, Tema 810 STF, DJe 20/11/2017, determinou a devolução dos autos à Turma Julgadora, para eventual adequação (fls. 970/976).

É o relatório.

Reexaminando os autos, conforme art. 1.035 e art. 1.040 do Código de Processo Civil entendo que os Acórdãos proferidos nos autos estão em consonância com as teses firmadas pelo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Resp 1.495.136/MG e pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 870.947/SE.

Acesso ao Sumário

Conforme se verifica, quanto à aplicação da Lei nº 11.960/09 aos juros e correção monetária, no caso concreto deve ser afastada, visto que há cláusula contratual específica que determina que em caso atraso no reembolso, os juros moratórios são estipulados em 12% ao ano aplicado *pro rata die*, sem prejuízo da correção monetária pela SELIC até o dia do efetivo pagamento (5.2.3.2).

Como se verifica, o julgado está em consonância com a fundamentação exposta no REsp 1.495.146/MG, Tema 905 STJ, pois se trata de hipótese de condenação judicial de natureza administrativa em geral, em que deve ser

aplicada a cláusula contratual pactuada. Veja-se a ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 02/STJ. DISCUSSÃO SOBRE A APLICAÇÃO DO ART. 1º-F DA LEI 9.494/97 (COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.960/2009) ÀS CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA. CASO CONCRETO QUE É RELATIVO A INDÉBITO TRIBUTÁRIO. • TESES JURÍDICAS FIXADAS. 1. Correção monetária: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), para fins de correção monetária, não é aplicável nas condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza. 1.1Impossibilidade de fixação apriorística da taxa de correção monetária. No presente julgamento, o estabelecimento de índices que devem ser aplicados a título de correção monetária não implica pré-fixação (ou fixação apriorística) de taxa de atualização monetária. Do contrário, a decisão baseia-se em índices que, atualmente, refletem a correção monetária ocorrida no período correspondente. Nesse contexto, em relação às situações futuras, a aplicação dos índices em comento, sobretudo o INPC e o IPCA-E, é legítima enquanto tais índices sejam capazes de captar o fenômeno inflacionário. 1.2 Não cabimento de modulação dos efeitos da decisão. A modulação dos efeitos da decisão que declarou inconstitucional a atualização monetária dos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, objetivou reconhecer a validade dos precatórios expedidos ou pagos até 25 de março de 2015, impedindo, desse modo, a rediscussão do débito baseada na aplicação de índices diversos. Assim, mostra-se descabida a modulação em relação aos casos em que não ocorreu expedição ou pagamento de precatório. 2. Juros de mora: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), na parte em que estabelece a incidência de juros de mora nos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, aplica-se às condenações impostas à Fazenda Pública, excepcionadas as condenações oriundas de relação jurídico-tributária. 3. Índices aplicáveis a depender da natureza da condenação. 3.1 Condenações judiciais de natureza administrativa em geral. As condenações judiciais de natureza administrativa em geral, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até dezembro/2002: juros de mora de 0,5% ao mês; correção monetária de acordo com os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) no período posterior à vigência do CC/2002 e anterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora correspondentes à taxa Selic, vedada a cumulação com qualquer outro índice; (c) período posterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança; correção monetária com base no IPCA-E. 3.1.1 Condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos. As

Acesso ao Sumário

condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até julho/2001: juros de mora: 1% ao mês (capitalização simples); correção monetária: índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) agosto/2001 a junho/2009: juros de mora: 0,5% ao mês; correção monetária: IPCA-E; (c) a partir de julho/2009: juros de mora: remuneração oficial da caderneta de poupança; correção monetária: IPCA-E. 3.1.2 Condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas. 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. 1º- F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), nem para compensação da mora nem para remuneração do capital. 3.2 Condenações judiciais de natureza previdenciária. As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.430/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/91. Quanto aos juros de mora, incidem segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009). 3.3 Condenações judiciais de natureza tributária. A correção monetária e a taxa de juros de mora incidentes na repetição de indébitos tributários devem corresponder às utilizadas na cobrança de tributo pago em atraso. Não havendo disposição legal específica, os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês (art. 161, § 1º, do CTN). Observada a regra isonômica e havendo previsão na legislação da entidade tributante, é legítima a utilização da taxa Selic, sendo vedada sua cumulação com quaisquer outros índices. 4. Preservação da coisa julgada. Não obstante os índices estabelecidos para atualização monetária e compensação da mora, de acordo com a natureza da condenação imposta à Fazenda Pública, cumpre ressalvar eventual coisa julgada que tenha determinado a aplicação de índices diversos, cuja constitucionalidade/legalidade há de ser aferida no caso concreto. • SOLUÇÃO DO CASO CONCRETO. 5. Em se tratando de dívida de natureza tributária, não é possível a incidência do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009)- nem para atualização monetária nem para compensação da mora –, razão pela qual não se justifica a reforma do acórdão recorrido. 6. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, c/c o art. 256-N e seguintes do RISTJ. (STJ, Resp. 1.495.146-MG, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. 22/02/2018, DJe 02/03/2018).

Acesso ao Sumário

Portanto, os V. Acórdãos estão adequados ao r. entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, Tema 905, bem como ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, Tema 810, conforme fundamentos

acima alinhavados.

Ante o exposto, em observância aos arts. 1035 e 1040 do Código de Processo Civil de 2015, nega-se provimento ao recurso, estando os V. Acórdãos adequados aos paradigmas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005607-30.2013.8.26.0360, da Comarca de Mococa, em que são apelantes/apelados JESSICA DA SILVA ARCHINA (JUSTIÇA GRATUITA) e FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Adequaram parcialmente o acórdão. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 6.453)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ (Presidente sem voto), VICENTE DE ABREU AMADEI e CLÁUDIO MARQUES.

São Paulo, 1º de outubro de 2018.

MÔNICA SERRANO, Relatora

Ementa: ADEQUAÇÃO – Julgamento definitivo do RE nº 870.947/SE (Tema de Repercussão geral nº 810) e REsp nº 1.495.146/MG (Tema nº 905 do STJ) – Acórdão que alinhou-se parcialmente ao entendimento exarado no paradigma – Dívida previdenciária – Juros de mora nos termos do artigo 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35/01 e correção monetária pelo INPC – Necessidade de adequação parcial.

VOTO

Trata-se de despachos da Douta Presidência da Seção de Direito Público deste Tribunal para que, nos termos do art. 1.040, inc. II, do CPC/2015, manifeste-se esta Turma Julgadora acerca de eventual adequação do acórdão de fls. 183/188 aos precedentes firmados nos julgamentos definitivos do REsp nº 1.495.146/MG (Tema nº 905 do STJ) e RE nº 870.947/SE (Tema de Repercussão Geral nº 810).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O acórdão merece parcial adequação.

Com efeito, observa-se do julgado retro, cujo trecho segue, que os juros de mora foram fixados nos termos do 1º-F, da Lei nº 9.494/97, determinando-se a correção monetária pela Tabela Prática do TJSP.

"Quanto à atualização do débito, aplicando-se as disposições do artigo 5º da Lei nº 11.960/09, é necessário se esclarecer que o STF declarou a inconstitucionalidade dos §§ 2º, 10 e 12 do artigo 100 da Constituição Federal e, por consequência, a inconstitucionalidade da Lei nº 11.960/09, ao julgar a ADI 4357. Dessa forma, os cálculos da execução deverão ser feitos conforme a lei anterior àquela declarada inconstitucional, devendo ser observada a tabela prática do Tribunal e o artigo 1º-F da Lei nº 9494/97.

Assim, em se tratando de pensão por morte (dívida não tributária e previdenciária), o entendimento deve alinhar-se ao julgamento do STJ, que assim dispõe:

"(...)

3.2 Condenações judiciais de natureza previdenciária. As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.430/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/91. Quanto aos juros de mora, incidem segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009).

(...)"

Dessa forma, o v. acórdão deve ser parcialmente adequado apenas para que haja a incidência do INPC para fins de correção monetária.

Do exposto, **adequa-se parcialmente** o acórdão.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002328-58.2018.8.26.0161, da Comarca de Diadema, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado MARCEL MONTANHERI DE MORAES.

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 28.060)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY

ROMANO DOS REIS (Presidente) e LEME DE CAMPOS.

São Paulo, 3 de outubro de 2018.

MARIA OLÍVIA ALVES, Relatora

Ementa: APELAÇÃO – Ação de obrigação de fazer – Concurso público – Cargo de diretor de escola – Negativa de posse no cargo de Diretor de Escola – Procedência do pedido – Pretensão de reforma – Impossibilidade – Impetrante que não apresentou o diploma registrado pelo MEC, conforme exigia o edital, mas certificado de conclusão de curso – Admissibilidade – Documento suficiente a comprovar a formação técnica exigida para o cargo – Regras editalícias a serem interpretadas de acordo com o princípio da razoabilidade – Óbice meramente formal afastado – Precedentes – Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de ***ação de obrigação de fazer*** ajuizada ***Marcel Montanheri de Moraes*** contra o ***Estado de São Paulo***, para o fim de ver assegurada a sua posse no cargo público de Diretor de Escola, para o qual fora aprovado mediante concurso público.

Foi deferida a tutela antecipara para afastar a exigência da apresentação de diploma para o autor tomar posse no cargo, se comprovada a conclusão do curso (fls. 56/57).

Conforme sentença de fls. 241/242, o pedido foi julgado procedente, com a confirmação da tutela provisória e condenação do Estado ao pagamento de honorários sucumbenciais, arbitrados em R$ 800,00 (oitocentos reais), nos termos do art. 85, §8º, do Código de Processo Civil.

Inconformado, apela o Estado. Sustenta, em síntese, que o edital do concurso público em questão foi claro quanto à exigência de apresentação de diploma de licenciatura plena em Pedagogia ou de Pós-Graduação na área de Educação. Alega que o autor não apresentou o documento quando da posse, de modo que não há qualquer irregularidade na conduta dos agentes públicos de negar a sua posse em razão da inobservância das regras editalícias (fls. 248/251).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 253/257).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso mas a ele nego provimento.

Acesso ao Sumário

Conforme consta, o autor foi aprovado em concurso público para o cargo de Diretor de Escola e, convocado apresentação da documentação exigida para o exercício do cargo, teve a posse negada por não ter apresentado diploma de licenciatura plena em pedagogia, mas tão-somente o certificado de conclusão de curso.

Pois bem. De fato, consta como exigência editalícia para o exercício do cargo para o qual o autor foi aprovado:

"2. Ser portador de pelo menos um dos títulos abaixo:

2.1. Diploma de Licenciatura Plena em Pedagogia;

2.2. Diploma de Pós-Graduação na área de Educação;"

É certo, também, que as normas editalícias são vinculantes e devem ser observadas com rigor, inclusive para que se assegure, objetivamente, a igualdade nas condições de disputa.

Por outro lado, porém, as normas editalícias devem ser interpretadas segundo o princípio da razoabilidade, e, relativizadas, se o caso, para não frustrar a finalidade de realização do concurso público, que é selecionar e prover o aparelho estatal dos candidatos melhor preparados para os cargos em disputa.

E, no caso, em que pese a não apresentação do diploma em si, o autor comprovou a conclusão do curso pela apresentação de histórico escolar e certificado, do qual consta, inclusive, que ele concluiu o curso de Segunda Licenciatura em Pedagogia e "***participou em Cerimônia Pública de Colação de Grau em 10 de janeiro de 2018, com data de expedição do diploma em 15 de janeiro de 2018, sendo o mesmo encaminhado para registro (...) Informamos que o registro do diploma pode consumir até 180 dias para a sua entrega***".

Portanto, comprovada a conclusão do curso exigido pelo edital para a posse no cargo em questão, não se pode admitir a negativa de posse do autor apenas por não ter sido ainda expedido o diploma correspondente, especialmente porque ainda dentro do prazo previsto para o procedimento.

Aliás, o Col. STJ já decidiu "***ainda que exigido pelo edital, não pode a falta da apresentação do diploma ser óbice a assunção de cargo público ou mesmo a contabilização de título em concurso, se por outros documentos idôneos se comprove a conclusão do curso superior, mesmo que pendente alguma formalidade para a expedição do diploma*** (AgInt no AREsp 415.260/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 28/06/2017).

Acesso ao Sumário

Ressalte-se que a Administração não questiona a idoneidade do certificado apresentado pela impetrante, de modo que tal documento é mesmo suficiente para comprovar a formação técnica para o cargo, exigida pelo edital.

Ou seja, dúvida não havia, afinal, acerca sua capacitação (tanto que foi

aprovada no concurso), bem como de sua formação acadêmica (que depende da conclusão o curso, e não da apresentação do diploma).

Assim, o óbice meramente formal, a que o autor sequer deu causa, deve ser afastado, para o fim de se garantir a posse no cargo público para o qual fora devidamente aprovado, como bem decidiu o MM magistrado sentenciante.

É como já decidiu esta Col. Câmara em casos semelhantes:

CONCURSO. Monitora de Ensino Básico. Candidata aprovada impedida de tomar posse no cargo por apresentar certidão (certificado) de conclusão de curso e não diploma. Preenchidos os requisitos do edital. Evidente a conclusão do curso de Pedagogia. Mera burocracia deve ser afastada. Registro depende da atuação do MEC. Sentença mantida. Recursos não providos. *(Apelação/Remessa Necessária 0006842-76.2011.8.26.0659; Relator (a): Evaristo dos Santos; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 01/10/2012).*

Agravo de instrumento – Concurso para o cargo de Professor de Educação Básica I – PEB-I – Liminar indeferida em sede de mandado de segurança – Posse em cargo público sem a apresentação de diploma – Viabilidade – Demonstrada a efetiva conclusão do curso – Presença dos requisitos necessários à concessão da medida antecipatória – Decisão reformada. Recurso provido. *(Agravo de Instrumento 2017002-22.2018.8.26.0000; Relator (a): Leme de Campos; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 21/05/2018).*

Portanto, nada há a ser alterado na r. sentença, que merece ser mantida por seus próprios fundamentos.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0057814-40.2012.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante EMERSON BENJAMIN GONÇALVES DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Restituíram os autos à Egrégia Presidência desta Seção de Direito Público, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.500)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AROLDO

Acesso ao Sumário

VIOTTI (Presidente sem voto), MARIA LAURA TAVARES e MARCELO L THEODÓSIO.

São Paulo, 4 de outubro de 2018.

ALIENDE RIBEIRO, Relator

Ementa: SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL – URV – Juros moratórios e correção monetária – Julgamento do REsp nº 1.495.146/MG (Tema nº 905) e do RE nº 870.947/SE (Tema nº 810) – O C. Supremo Tribunal Federal conferiu, em 24.09.2018, efeito suspensivo aos Embargos de Declaração opostos no RE nº 870.947/SE (Tema nº 810), o que obsta, neste momento a reapreciação do recurso na forma do art. 1.040, II, do Código de Processo Civil – Restituição dos autos à Egrégia Presidência desta Seção de Direito Público.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação ordinária proposta por **Emerson Benjamin Gonçalves de Oliveira**, servidor público municipal, em face da **Prefeitura Municipal de Santo André**, a fim de obter provimento jurisdicional que condene a ré ao pagamento de diferenças salariais decorrentes de conversão errônea em URV levada a efeito no ano de 1994.

Julgado improcedente o pedido (f. 65/72), apelaram o autor (f. 74/76) e a Municipalidade (f. 99/108), e, em face do acórdão que deu provimento ao recurso do autor e negou provimento ao recurso da ré (f. 117/120), foram interpostos recursos extraordinário (f. 123/140) e especial (f. 142/173).

Sobrestado o feito diante da existência de repercussão geral acerca da matéria (f. 176/177), os autos foram devolvidos em face do julgamento do mérito do RE nº 1.495.146/MG (Tema nº 905, DJe de 02/03/2018) e do RE nº 870.947/SE (Tema 810, DJE de 20/11/2017) para adequação da fundamentação da decisão ou para sua manutenção, nos termos do artigo 1.040, II, do Código de Processo Civil (f. 180/183).

É o relatório.

Em 24 de setembro de 2018, o C. Supremo Tribunal Federal deferiu excepcionalmente efeito suspensivo aos embargos de declaração opostos pelos entes federativos estaduais no RE nº 870.947/SE (Tema nº 810), por meio de decisão que contou com a seguinte ementa:

Acesso ao Sumário

DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/1997 COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.960/2009. TEMA 810 DA REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITO SUSPENSIVO. ARTIGO 1.026, § 1º, DO CPC/2015. DEFERIMENTO.

Suspensos os efeitos, não é o momento de aplicação do disposto no artigo 1.040, II, do Código de Processo Civil.

Desta forma, restituo os autos à Egrégia Presidência desta Seção de Direito Público.

Resultado do Julgamento: restituo os autos à Egrégia Presidência desta Seção de Direito Público.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000346-97.2006.8.26.0338, da Comarca de Mairiporã, em que são apelantes THEREZA CHRISTINA VIEIRA MARCONDES, ALESSANDER MARCONDES FRANÇA RAMOS, LUIS FERNANDO MARCONDES RAMOS, MARCELLO LUIS MARCONDES RAMOS, JOSÉ RICARDO MARCONDES RAMOS, CAIO MICHELLI MARCONDES SILVA, LUISA MICHELLI MARCONDES E SILVA e THAIS MICHELLI MARCONDES E SILVA, são apelados IRB - BRASIL RESSEGUROS S/A, ITAÚ SEGUROS SOLUÇÕES CORPORATIVAS S/A e CONCESSIONÁRIA ECOVIAS DOS IMIGRANTES S/A.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 410-18)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS VILLEN (Presidente), ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ e TERESA RAMOS MARQUES.

São Paulo, 1º de outubro de 2018.

ANTONIO CARLOS VILLEN, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL.

Acesso ao Sumário

Concessionária Ecovias dos Imigrantes S.A. Indenização por danos material e moral. Usuário vítima de latrocínio em trecho da rodovia sob concessão da ré. Ação ajuizada pela esposa, filhos e sobrinhos que se encontravam sob sua guarda. Nexo de causalidade não comprovado. Fato de terceiro. Empresa que deve garantir a manutenção das boas condições de tráfego da rodovia e não a segurança pública, atividade tipicamente estatal. Indenização que, na hipótese, só poderia fundar-se na responsabilidade subjetiva. Omissão dos agentes da concessionária não comprovada. Falha do serviço não caracterizada. Sentença que julgou improcedente a ação. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de ação ajuizada pelos apelantes, viúva, filhos e sobrinhos de Luís Felippe França Ramos, vítima de latrocínio ocorrido na Rodovia Padre Manoel da Nóbrega, em Cubatão, cujo trecho está sob concessão da ré, Concessionária Ecovias dos Imigrantes S.A., que pedem seja ela condenada a pagar pensão mensal à viúva e indenização por danos material e moral a todos os autores, esclarecido na inicial que os sobrinhos estavam sob a guarda do casal. A r. sentença julgou improcedente a ação.

Os autores apelaram. Afirmam que a responsabilidade da apelada pelo evento é evidente, já que é empresa concessionária de serviços públicos que administra e zela pela segurança e integridade do trecho da Rodovia Padre Manoel da Nóbrega, onde ele ocorreu. Alegam que a vítima sofreu de emboscada, fato frequente no referido trecho rodoviário, o qual não conta com o devido monitoramento e iluminação suficiente. Afirmam que a concessionária não dispõe de qualquer medida capaz de assegurar a incolumidade dos usuários da rodovia. Destacam que a própria empresa depositou entulho e pedras no entorno da pista, no local onde os assaltos são recorrentes, de forma que os criminosos se utilizam dos próprios objetos ali abandonados para criar obstáculos aos motoristas e assim abordá-los. Pede o provimento do recurso, para que a ação seja julgada procedente.

Recurso tempestivo e respondido.

A apelação foi inicialmente distribuída à 5ª Câmara de Direito Privado, que dela não conheceu e determinou sua redistribuição à Seção de Direito Público (fls. 2108/2113).

É O RELATÓRIO.

Acesso ao Sumário

É incontroverso que o falecido foi vítima de latrocínio em 25.01.2003, quando se encontrava no "km 274 + 800 m – pista-oeste", da Rodovia Padre Manoel da Nóbrega, em Cubatão, trecho sob administração da ré (fls. 73/80). A vítima, Procurador de Justiça, transitava pela rodovia quando foi surpreendida por pedras colocadas no meio da pista, que furaram os pneus do veículo. Ato contínuo, parou o carro no acostamento e dele saiu, assim como outras vítimas, que logo perceberam a movimentação de um grupo armado de sete pessoas em sua direção. Ao perceber que se tratava de uma emboscada, a vítima retornou ao seu automóvel, quando foi baleada no pescoço por um dos assaltantes. Faleceu dentro do veículo, onde foi encontrada pela equipe de socorro da Ecovias, que constatou o óbito (fl. 77).

Ao contrário, porém do que os autores afirmam, não está caracterizado o nexo de causalidade entre o trágico evento e ação ou omissão da empresa concessionária.

Em se tratando de concessionária de serviço público, a responsabilidade da ré está sujeita à disciplina do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, nos seguintes termos: "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".

Cuida-se, portanto, de responsabilidade objetiva, por força da qual as pessoas jurídicas de direito privado a que se refere o dispositivo são objetivamente responsáveis pelos danos causados por seus agentes, de forma comissiva ou omissiva. Evidente, por isso, que a caracterização de tal responsabilidade não dispensa a comprovação da existência de nexo de causalidade entre o evento danoso e a conduta da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços públicos.

Os frequentes delitos que ocorrem na rodovia devem ser combatidos por meio de planejamento e ações das forças de segurança pública, alheios às atribuições e atividades desempenhadas pela apelada.

Os apelantes afirmam que os criminosos se utilizaram de pedras abandonadas pela concessionária ao lado da pista para realizar a emboscada. Todavia, a testemunha Douglas Messias Alves, empregado da ré (fl. 1748), esclareceu que que o referido entulho, que advém de obras de "reestruturação de uma alça de acesso" da rodovia é depositado nas proximidades, fora da "faixa de rolamento, acostamento e canteiros", por viaturas de inspeção ou caminhão de conservação (fl. 1749). No mesmo sentido, o testemunho de Raul Boff, que afirmou que "os materiais de obra e os entulhos são colocados em área reservada para evitar que caiam na pista" (fl. 1751). Por outro lado, embora o relatório de fl. 664, elaborado pelo centro de controle operacional da ré, consigne que se

Acesso ao Sumário

trata de "área de risco", onde "meliantes colocam pedra para prática de assalto", ele consignou, também, que foi feita uma "varredura no local, e não foram localizadas as pedras, provavelmente retirado do local pelos meliantes".

Nada existe nos autos que autorize afirmar que o delito foi praticado com a utilização de pedras ou outro material do entulho produzido pela obra então realizada pela ré. em outras palavras, não há elementos de prova que possibilitem estabelecer nexo de causalidade entre a regular atuação da ré, consistente na reestruturação de vias, e a conduta dos criminosos. Nem se poderia exigir outra conduta da ré, que não consistisse em retirar o entulho da pista e depositá-lo em local próximo e adequado à segurança do tráfego.

Com relação à iluminação daquele trecho da rodovia, destaca a testemunha Douglas que: "É o poder concedente que determina os locais onde a ré deve colocar iluminação ao longo da Rodovia. Fazemos estudos de locais para futura colocação de iluminação e os submetemos a liberação do poder concedente. Desconheço eventual projeto de iluminação sugerido pela ré para iluminação no local dos fatos. A ré não tem incumbência de fazer iluminação diferenciada para identificação de placas de veículos" (fl. 1749). Nesse mesmo sentido destacou o Juízo a quo: "Anoto que não há obrigação de instalação de pontos de iluminação ou de câmeras de segurança em toda a extensão da pista. Por sinal, as câmeras instaladas na rodovia têm por finalidade o monitoramento do tráfego, como inclusive afirmado pelas testemunhas da ré. E não poderia ser diferente visto que, ressalte-se, não compete a ela a prestação de serviços de segurança pública." (fl. 1995).

Ressalte-se que os depoimentos das duas testemunhas mencionadas e das outras também ouvidas em juízo (1753/1754, 1780/178, 1782/1783), são unânimes em referir o pronto atendimento prestado pelas equipes de socorro e emergência da concessionária, após a comunicação do ocorrido. Também aqui, portanto, não se evidencia conduta desidiosa da apelada a justificar a sua responsabilização por fato de terceiro. A concessionária agiu com eficiência dentro de suas possibilidades diante da tragédia ocorrida.

Acesso ao Sumário

Nem se alegue que a responsabilidade da apelada deve ser reconhecida por decorrer da omissão administrativa em cumprir os dispositivos constitucionais que estabelecem a segurança pública como dever do Estado.

Não é função da concessionária garantir a segurança dos usuários contra atos delituosos dolosos que possam ser praticados por terceiros estranhos ao serviço. Ainda que tal função fosse sua não se poderia, com base apenas na generalizada precariedade dos serviços de segurança pública e à luz do disposto nos art. 144 da Constituição Federal e 139 da Constituição Estadual "A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos..." -, imputar-lhe a responsabilidade pelos delitos cometidos nas rodovias sob concessão. Como

anteriormente consignado, a responsabilidade do Estado e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos por omissão só pode ser reconhecida se houver nexo causal entre a falta do serviço e o evento. Em outras palavras, não se pode responsabilizar o Estado e tampouco a empresa concessionária apenas porque, genericamente, sejam falhos os serviços de segurança, de saúde etc. A responsabilidade por omissão somente poderá ser reconhecida se demonstrado que, no caso particular, seus agentes deixaram de praticar atos que, razoavelmente, deles se podia exigir.

Disso tudo decorre que o pedido só poderia ser acolhido se demonstrado que os agentes da apelada, chamados a intervir, tivessem deixado de fazê-lo. Nada disso, entretanto, ocorreu. Não há prova de que as equipes de socorro ou mesmo a polícia rodoviária, após terem sido alertadas, tenham deixado de dar a proteção necessária às vítimas do assalto. Pelo contrário, a já mencionada testemunha Douglas Messias Alves destaca: "Imediatamente determinamos que um guincho fosse ao ponto em que o usuário estava para prestar assistência. O motorista do guincho chegou ao local e constatou que havia uma pessoa alvejada por disparo de arma de fogo. Acionamos a Polícia Rodoviária, uma ambulância da ré e uma viatura de inspeção para prestar assistência no local dos fatos." (fl. 1748). No mesmo sentido, o depoimento de Roberto Ribeiro de Oliveira, também vítima do assalto: "Em 10 minutos chegou o guincho [...] O policial rodoviário disse que já sabia do ocorrido. O rapaz do guincho avisou." (fl. 1780).

Em suma, não demonstrados nem o nexo causal nem a omissão da ré, a ação é mesmo improcedente, prejudicadas as lides secundárias.

Nesse mesmo sentido já se pronunciou este Tribunal de Justiça, em caso análogo:

> RESPONSABILIDADE CIVIL – Indenização por danos morais e materiais – Concessionária ECOVIAS – Autora vítima de tentativa de roubo em rodovia administrada pela ré – Alegação de que competiria à concessionária garantir a segurança dos usuários da rodovia – Descabimento – Não cabe à ré responder pela tentativa de roubo sofrido pela requerente – Não caracterizada a má prestação do serviço – Precedentes – Ação julgada improcedente na 1ª Instância – Sentença mantida – Recurso não provido. (apelação 1015176-43.2015.8.26.0562, 6ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Leme de Campos, j. 29.05.2017, v.u.).

Por fim, em atendimento ao disposto no art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, a verba honorária devida pelos autores deve ser majorada. A sentença arbitrou-a em 10% do valor da causa. Ela deve agora ser majorada para 11% daquela base de cálculo determinada pela sentença, quantia que atende aos

Acesso ao Sumário

parâmetros do art. 85, § 2º, do CPC.

Pelo meu voto, nego provimento ao recurso, majorados os honorários, nos termos expostos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1013672-40.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado LUIZ MARQUES BARBOSA.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.759)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente) e ANTONIO TADEU OTTONI.

São Paulo, 19 de setembro de 2018.

BORELLI THOMAZ, Relator

Ementa: Processual civil. Ação declaratória. Pretensão de se declarar a inexistência jurídica de parte de v. acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça Militar de São Paulo. Decisão administrativa declaratória de indignidade do recorrido para o oficialato, e com ele incompatível, determinada a perda de seu posto e patente, mantido, no entanto, provento pela inatividade, anterior a essa declaração. Ausência de previsão legal de perda da remuneração como sanção. Inteligência da Lei Complementar 893, de 9 de março de 2001, que instituiu o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar. Recurso desprovido.

VOTO

Ao relatório da r. sentença, que adoto, acrescento ter sido improcedente ação promovida pela Fazenda do Estado em face de LUIZ MARQUES BARBOSA para declaração de inexistência jurídica de parte do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça Militar de São Paulo, pelo qual se declarou o recorrido, Tenente Coronel PM, com função de Capelão, indigno para o oficialato, e com ele incompatível, determinada a perda de seu posto e patente,

mantido, no entanto, seu provento pela inatividade, sob fundamento de ser anterior a essa declaração, sob argumento, dentre outros, de que o Tribunal Militar extrapolou a competência estabelecida pela Constituição Federal e que a indignidade acarreta, automaticamente, pagamento do provento, contra o que ela recorreu.

Recurso bem processado.

É o relatório.

Como se leu acima, a Fazenda do Estado promove esta ação em face de LUIZ MARQUES BARBOSA para declaração de inexistência jurídica de parte do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça Militar de São Paulo, pelo qual se declarou o recorrido, Tenente Coronel PM - Oficial Capelão -, indigno para o oficialato, e com ele incompatível, determinada a perda de seu posto e patente, mantido, no entanto, seu provento pela inatividade, sob fundamento de ser anterior a essa declaração, sob argumento, dentre outros, de que o Tribunal Militar extrapolou a competência estabelecida pela Constituição Federal e que a indignidade acarreta, automaticamente, pagamento do provento.

Embora narrados na petição inicial, na r. sentença recorrida e no v. acórdão que se quer nulificar, irrelevante qualquer consideração sobre os abjetos e sórdidos fatos praticados pelo recorrido[1] e que levaram àquela declaração, pois interessa, aqui e agora, apenas e tão só analisar sobre cabimento, ou não, desta ação para desconstituir parte de julgamento proferido no C. Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo.

Em repetição, busca a autora verdadeira anulação da parte do v. acórdão, visto por cópia nas págs. 1.056/1.067, proferido em Sessão Plenária do E. Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, exatamente a parte em que, por maioria de votos, manteve o provento de inatividade do recorrido, embora, por unanimidade, tenha havido declaração da perda do posto e patente.

Vale realçar ter razão a autora quando observa sobre a referida decisão judicial ter cunho administrativo (pág. 8), matéria sedimentada nos chamados tribunais superiores, a resultar em que a análise fica nos estritos limites propostos e fixados pela petição inicial.

A propósito:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MILITAR. PERDA DE POSTO E PATENTE. LEI 5.836/1972. CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. DECISÃO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR. NATUREZA ADMINISTRATIVA.
>
> 1. Cuida-se, na origem, de representação por indignidade para o oficialato, em que o Governador do Distrito Federal imputa conduta

1 Lê-se brevemente na r. sentença: (...) *o réu, então Tenente Coronel, enquanto Monsenhor da Igreja Católica, foi flagrado mantendo relações sexuais com maiores de idade. Em seguida, foi instaurado inquérito policial para investigação do envolvimento em crime de pedofilia.*

Acesso ao Sumário

disciplinar irregular ao Capitão QOPMA Antônio Pires da Silva, em razão do trânsito em julgado da sentença que o condenou a pena de 14 (catorze) anos de reclusão pelo crime de homicídio qualificado e requer seu desligamento das fileiras da Polícia Militar do Distrito Federal.

2. **A decisão do Tribunal de Justiça Militar, que decreta, em Conselho de Justificação, perda de posto e patente, por indignidade para com o oficialato, tem natureza administrativa**, não podendo ser contestada pela via estreita do Recurso Especial, em que se pressupõe contencioso judicial. Precedentes do STJ.

3. Recurso Especial não conhecido[2].

No mesmo viés, entendimento no E. Supremo Tribunal Federal:

POLICIAL MILITAR. CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. **PROCESSO DE INDIGNIDADE PARA COM O OFICIALATO. NATUREZA ADMINISTRATIVA.** DESCABIMENTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. HONORÁRIOS INDEVIDOS EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. MAJORAÇÃO DESCABIDA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA. I – As decisões proferidas por Conselho de Justificação não são passíveis de impugnação por recurso extraordinário tendo em vista ausência de previsão constitucional. Precedentes. II - Indevida a majoração de honorários, por tratar-se de procedimento administrativo. III - Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4°, do CPC[3].

Feito esse escorço, importa realçar que embora possa o C. Tribunal de Justiça Militar ter ido além do que poderia considerar no referido julgamento, da mesma forma sua decisão não poderia ser por perda da remuneração recebida pelo recorrido, pois tanto aqui como lá haveria o objurgado desbordo.

Afinal, cuida-se de situação a envolver policial militar e não há como se lhe estender algum outro regramento, como ocorreria, v.g., com servidores civis, em que há expressa previsão de "cassação de aposentadoria" como pena.

Diante disso, e por mais execrável que possa ter sido a conduta do recorrido, não há como fugir à consideração do D. Magistrado vista na pág. 1.072: *não obstante a gravidade dos fatos nos quais o réu se envolveu, a penalidade de cessação dos proventos não está prevista na legislação aplicável aos militares estaduais.*

Além disso, o resultado do v. acórdão da C. Justiça Militar veio em época em que o recorrido de há muito estava reformado, como também pontuou o

Acesso ao Sumário

2 REsp 1480120/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 25/10/2016.

3 ARE 1005800 AgR, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 31/03/2017, DJe-074 DIVULG 10-04-2017 PUBLIC 11-04-2017.

D. Magistrado, pois ele *ingressou na então Força Pública em 27 de janeiro de 1967 e teve deferido seu requerimento de transferência para a reserva, conforme Boletim Geral PM 185, de 28/09/1984, e na sequência foi reformado em 05/04/1992* (pág. 1.072).

Por outra, vai-se à Lei Complementar 893, de 9 de março de 2001, que instituiu o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar, e não se tem regra para cessar ou reduzir remuneração, salvante o disposto no art. 22, parágrafo único[4], e no art. 74, III[5], matéria sem pertinência aqui, mesmo porque, em tese, passível de ser deduzida em outras vias.

Com essas observações, malgrado as ponderáveis razões da Fazenda do Estado, entendo não merecer reforma a r. sentença.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000555-98.2018.8.26.0062, da Comarca de Bariri, em que é apelante ADRIANA CORREA LUPPI, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE BARIRI.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Anularam o processo, prejudicado o recurso interposto. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.868)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente sem voto), BORELLI THOMAZ e ANTONIO TADEU OTTONI.

São Paulo, 19 de setembro de 2018.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: Apelação Cível. Direito Processual Civil.

Reclamação trabalhista proposta perante a Justiça Especializada Federal por candidata aprovada em processo seletivo objetivando ser contratada para a vaga de Professor Nível Básico I – Pedido julgado improcedente – Incompetência absoluta reconhecida

Acesso ao Sumário

4 O militar do Estado que sofrer reforma administrativa disciplinar receberá remuneração proporcional ao tempo de serviço policial-militar.

5 O oficial submetido a Conselho de Justificação e considerado culpado, por decisão unânime, poderá ser agregado disciplinarmente mediante ato do Comandante Geral, até decisão final do tribunal competente: (...) III - percebendo 1/3 (um terço) da remuneração;

***ex officio* pela 4ª Câmara do TRT da 15ª Região – Recebimento do processo na Justiça Estadual – Atribuição de validade e eficácia à sentença da Justiça do Trabalho, com arrimo no art. 64, §4º, do CPC – Inviabilidade – Hipótese que não admite aplicação da *translatio iudicii* – Anulação do processo de rigor.**

Anula-se o processo, prejudicado o recurso interposto.

VOTO

Vistos.

1. Trata-se de reclamação trabalhista proposta por Adriana Correa Luppi em face da Municipalidade de Bariri, deduzindo, em resumo, que a despeito de ter sido aprovada em processo seletivo outrora aberto para contratação temporária de Professor Nível Básico I, foi considerada inapta no exame admissional, em razão de estar em fase final de gestação. Aduz que sua reprovação revela manifesta discriminação, mormente porque continuou exercendo normalmente o magistério no próprio município, até a data próxima do parto. Postula o reconhecimento do direito à contratação, com o pagamento dos salários retroativos à 11.04.2017 ou, caso não seja possível a contratação, que a municipalidade seja condenada ao pagamento dos salários referente a todo período de vigência do contrato a que faria jus.

Julgado improcedente o pedido (fl. 140/149), interpôs a autora Recurso Ordinário (fl. 151/160), o qual não foi conhecido, vez que a 4ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região declarou de ofício a incompetência da Justiça Especializada e determinou a remessa dos autos para a Justiça Comum (fl. 176/178).

Distribuídos os autos à 1ª Vara da Comarca da Bariri, o magistrado *a quo* entendeu ser desnecessária a prolação de nova decisão e manteve a sentença proferida na Justiça do Trabalho, atribuindo-lhe validade e eficácia, facultando às partes a interposição de recurso de apelação contra aquela sentença.

Inconformada, apelou a autora, visando, em resumo, a reforma da sentença com inversão do julgado (fl. 192/203).

Processado regularmente com as contrarrazões (fl. 206/210), subiram os autos a esta Instância.

É o relatório.

2. A anulação do processo é medida de rigor.

A autora propôs outrora reclamação trabalhista perante a Justiça Especializada Federal objetivando que a Municipalidade de Bariri promovesse sua imediata contratação para a função de Professor Nível Básico I, vez que, a

Acesso ao Sumário

despeito de ter sido aprovada no processo seletivo, foi considerada inapta no exame admissional, em razão de estar em fase final de gestação.

Julgado improcedente o pedido, em sede recursal a 4ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região reconheceu *ex officio* a incompetência da Justiça Especializada e declinou de competência, determinando a remessa dos autos para a Justiça Comum Estadual.

Distribuídos os autos à 1ª Vara da Comarca da Bariri, o magistrado *a quo* entendeu ser desnecessária a prolação de nova decisão e manteve a sentença proferida na Justiça do Trabalho, atribuindo-lhe validade e eficácia, sustentando, para tanto, que o artigo 64 do Código de Processo Civil autoriza a conservação dos efeitos das decisões proferidas por juízo incompetente.

De fato, o Código de Processo Civil, em seu artigo 64, ao tratar da incompetência, estabelece que "**salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos da decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente**" (CF. parágrafo 4º).

D'outro bordo, vale relembrar que o Código de Processo Civil, em seu artigo 203, define os pronunciamentos do juiz da seguinte forma:

> **"Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.**
>
> **§ 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.**
>
> **§ 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º.**
>
> **§ 3º São despachos todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte.**

A nova sistemática advinda com a Lei nº 13.105/2015, diferentemente do que se sucedia com o *Codex* anterior, não torna nulo, de pronto, todos os atos decisórios proferidos pelo juízo incompetente.

Em verdade, a nova dinâmica estabelece como regra, na hipótese de reconhecimento de incompetência absoluta, a conservação dos efeitos da decisão prolatada pelo juiz incompetente até que outra seja proferida, se o caso, pelo juízo competente, que poderá manter ou modificar a anterior.

A *translatio iudicii* é um dos instrumentos introduzidos no novel *Codex* com o objetivo de conferir efetividade às decisões judiciais, o que ganha especial relevo quando se observa o vácuo que surge no período compreendido entre a decisão que declara a incompetência e o recebimento do processo pelo juízo

Acesso ao Sumário

competente.

No entanto, o novel comando não guarda aplicação em relação às sentenças proferidas por juízo incompetente, na medida em que seu alcance limitado está, precipuamente, às decisões interlocutórias, *in exemplis*, àquelas que apreciam pedido de tutela de urgência, que *in thesis* continuarão produzindo efeitos até análise pelo juízo competente.

Nesse diapasão, a fim de possibilitar, dentre outras coisas, a análise da adequação da petição inicial aos requisitos próprios do Código de Processo Civil e o cumprimento das exigências que autorizam a concessão de assistência judiciária gratuita, de rigor a anulação do processo.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, anulo o processo, prejudicado o recurso interposto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000808-63.2017.8.26.0334, da Comarca de Macaubal, em que é apelante AMARILDO APARECIDO GARAVELLO, 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: Não conheceram do recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.078)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente), FERMINO MAGNANI FILHO e FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 5 de outubro de 2018.

MARIA LAURA TAVARES, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – Apreensão de semoventes bovinos em sede de Inquérito Policial – Ato emanado pela autoridade policial no âmbito de investigação da prática de crime de estelionato e receptação – Matéria de natureza criminal – Competência da Seção de Direito – Criminal deste E. Tribunal de Justiça – Recurso não conhecido.

VOTO

Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por AMARILDO APARECIDO GARAVELLO contra ato praticado pela DELEGADA DE POLÍCIA DO MUNICÍPIO DE SEBASTIANÓPOLIS DO SUL-SP, que determinou a apreensão de 51 semoventes bovinos de sua propriedade, sendo 14 deles entregues à Cleiton de Freitas Silveira. Explica que Cleiton de Freitas Silveira oficializou o Boletim de Ocorrência Policial nº 184/2017, no qual narrou ter vendido 67 cabeças de gado ao senhor Antonio Carlos Garavello, pelo valor de R$79.800,00, pago por meio de cheques que não tinham fundos. Em decorrência do desacordo comercial e possível crime de estelionato praticado por Antonio Carlos Garavello, com quem o Impetrante alega não ter qualquer relação comercial, foi equivocadamente determinada a apreensão dos semoventes bovinos descritos na inicial, de propriedade do autor.

Pretende a concessão de medida liminar e, ao final, da segurança para o fim de garantir a liberação e a devolução de todos os semoventes bovinos que foram equivocadamente apreendidos.

A medida liminar foi indeferida a fls. 76/77.

O representante do Ministério Público em primeira instância se manifestou pelo indeferimento da segurança, por não vislumbrar direito líquido e certo do Impetrante, uma vez que inexiste prova cabal de sua titularidade (fls. 113/114).

A r. sentença de fls. 121/123, cujo relatório é adotado, denegou a segurança pleiteada, entendendo que enquanto estiver em curso a instrução do inquérito policial, os animais devem permanecer apreendidos até que se esclareça adequadamente a real propriedade dos semoventes, nos termos do artigo 118 do Código de Processo Penal. Deixou de condenar em honorários advocatícios, por força das Súmulas 105 do Superior Tribunal de Justiça e 512 do Supremo Tribunal Federal e do artigo 25 da Lei nº 12.016/09.

Inconformado, o Impetrante interpôs recurso de apelação às fls. 132/138 alegando, em síntese, que todos os bovinos tem a marca AG, de 'Amarildo Gravello', bem como estão declarados na sua Declaração do Imposto sobre a Renda e relacionados nos documentos de vacinação, o que comprova a sua propriedade sobre os animais.

O d. promotor de justiça do Ministério Público manifestou-se às fls. 180/182, opinando pelo desprovimento do recurso de apelação e a manutenção da r. sentença *a quo*.

A d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se às fls. 185/188, aduzindo, preliminarmente, que a competência para apreciar e julgar a restituição de bens apreendidos em sede de inquérito policial é do Juízo Criminal, devendo o processo ser remetido para uma das Câmaras da Seção Criminal deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. No mérito, opinou pelo improvimento do

Acesso ao Sumário

recurso de apelação e a manutenção da r. sentença *a quo*.

O recurso preencheu os requisitos de tempestividade e regularidade (fl. 189), foi instruído com as razões das partes adversas (fls. 173/176) e é ora recebido em seus regulares efeitos.

É o relatório.

O presente recurso não comporta conhecimento por esta Colenda 5ª Câmara de Direito Público, devendo ser remetido à Seção de Direito Criminal deste E. Tribunal.

Tem-se dos documentos acostados aos autos que o Sr. Cleiton de Feitas Oliveira oficializou Boletim de Ocorrência Policial relatando que vendeu 67 cabeças de gado ao Sr. Antonio Carlos Garavello pelo valor de R$ 79.800,00, pago por meio de cheques com insuficiência de saldo (fls. 45/46).

De acordo com as informações prestadas pela autoridade impetrada às fls. 80/82 e fl. 90, em razão da impossibilidade de reaver os animais vendidos, o Sr. Cleiton de Feitas Oliveira, com apoio da polícia militar, se dirigiu à propriedade do Impetrante, aonde reconheceu parte dos bovinos (38 cabeças de gado) que haviam sido vendidos para o Sr. Antonio Carlos Garavelo.

Consequentemente, foi instaurado Inquérito Policial para apuração dos delitos de estelionato e receptação, tendo por investigados o Impetrante e o Sr. Antonio Carlos Garavelo, bem como foi determinada a apreensão das 38 cabeças de gado que se encontravam na propriedade do Impetrante, tendo 17 sido depositadas ao Sr. Cleiton de Feitas Oliveira (fl. 91) e 21 depositadas ao próprio Impetrante (fl. 92), uma vez que a propriedade dos bovinos não foi demonstrada por nenhuma das partes envolvidas.

A apreensão dos gados, portanto, decorreu de ato praticado pela autoridade policial do Município de Sebastianópolis do Sul, no âmbito de Inquérito Policial nº 34/17, para apuração do crime de estelionato e receptação, nos termos dos artigos 171 e 180 do Código Penal e do Código de Processo Penal, regidos pelo Direito Criminal.

Ademais, a restituição de coisas apreendidas em procedimento de natureza criminal é tratada pelo artigo 120 do Código de Processo Penal.

Acesso ao Sumário

O artigo 103 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal assim dispõe:

"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."

A matéria ora em discussão é de natureza criminal, sendo disciplinada pelo Código de Processo Penal, por ser relativa à apreensão de bens semoventes em Inquérito Policial que apura a ocorrência dos crimes de estelionato e receptação,

de forma que a Sessão de Direito Público não é competente para conhecer do presente recurso.

Pelo exposto, pelo meu voto, não se conhece do recurso e determina-se a remessa dos autos para distribuição a uma das Câmaras da Seção de Direito Criminal deste E. Tribunal.

Eventuais recursos interpostos contra este julgado estarão sujeitos a julgamento virtual, devendo ser manifestada a discordância quanto a essa forma de julgamento no momento da interposição.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001135-46.2014.8.26.0032, da Comarca de Penápolis, em que são apelantes PEDRO PAULO FERREIRA BRAGA BONFIM e ANDRÉIA FERREIRA BRAGA, são apelados IRMANDADE DA SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE PENÁPOLIS, CLÁUDIA CAVALCANTI DE ARAÚJO e PREFEITURA MUNICIPAL DE PENÁPOLIS.

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 32.890)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente) e REINALDO MILUZZI.

São Paulo, 8 de outubro de 2018.

LEME DE CAMPOS, Relator

Ementa: Responsabilidade civil – Indenização por danos morais e materiais – Nascimento de criança com icterícia – Sequelas graves (paralisia cerebral e deficiência auditiva) – Erro médico – Inocorrência – Ausência de nexo causal entre os fatos e o evento danoso – Falta de provas aptas a ensejar a responsabilização – O procedimento médico adotado encontra-se em conformidade com as técnicas da medicina, não se vislumbrando qualquer irregularidade na conduta dos réus – Pedido julgado improcedente – Sentença mantida – Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de ação de rito ordinário ajuizada por ANDRÉIA FERREIRA BRAGA E OUTRO, em face da IRMANDADE SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE PENÁPOLIS, PREFEITURA MUNICIPAL DE PENÁPOLIS E CLÁUDIA CAVALCANTI DE ARAÚJO COSTA, objetivando o recebimento de indenização por danos morais e materiais decorrentes de erro médico. Aduz que seu filho nasceu com icterícia e, em decorrência do atendimento prestado, sobrevieram-lhe graves sequelas.

A r. sentença de fls. 546/552, cujo relatório se adota, julgou improcedente o pedido, condenando a autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R$ 3.000,00, observada a sua condição de beneficiária da justiça gratuita.

Apela a vencida (fls. 556/572), postulando a reforma do julgado. Reitera a argumentação de sua exordial, alegando ter havido erro médico. Afirma que o laudo pericial exarou suas conclusões em contrariedade com a prova produzida nos autos.

Contrarrazões às fls. 575/587, 589/593 e 594/596.

É o relatório.

Cuida-se de ação de rito ordinário ajuizada por ANDRÉIA FERREIRA BRAGA E OUTRO, em face da IRMANDADE SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE PENÁPOLIS, PREFEITURA MUNICIPAL DE PENÁPOLIS E CLÁUDIA CAVALCANTI DE ARAÚJO COSTA, objetivando o recebimento de indenização por danos morais e materiais decorrentes de erro médico. Aduz que seu filho nasceu com icterícia e, em decorrência do atendimento prestado, sobrevieram-lhe graves sequelas.

Consta dos autos que a requerente esteve na Santa Casa de Misericórdia, para dar a luz, no dia 16/10/2000. No dia seguinte, nasceu Pedro Paulo Ferreira Braga Bomfim. Um dia após o parto, constatou- se que a criança apresentava icterícia. Em 18/10/2000 mãe e filho receberam alta médica.

Aos 20/10/2000 a requerente retornou ao nosocômio, posto que a criança apresentava febre e aspecto amarelado em todo o corpo.

Na ocasião, constataram-se altos níveis de bilirrubina, tendo a criança sido internada e submetida a sessões de fototerapia. Em 24/10/2000 o paciente recebeu alta.

Não obstante o atendimento prestado houve sequelas de natureza gravíssima, consistentes em paralisia cerebral e surdez bilateral total. Por tais razões, pretende a postulante a condenação das requeridas em danos materiais e morais.

A r. sentença monocrática, considerando o quanto apurado no laudo

Acesso ao Sumário

pericial, julgou improcedente a ação. Face ao quanto decidido, insurge-se a requerente.

E, em que pese o triste desfecho ocorrido no caso em tela, o apelo não merece guarida.

Sustenta a recorrente que as graves sequelas ocorridas em seu filho decorreram da alta prematura dada à criança, assim como da ausência de exames para medição dos níveis de bilirrubina quando o infante nasceu.

Contudo, em que pesem as arguições suscitadas, as peculiaridades existentes no presente caso evidenciam a necessidade de rejeição dos pedidos formulados.

Deveras, da análise do acervo probatório contido nos autos, notadamente do laudo pericial de fls. 498/506, tem-se que não restou suficientemente demonstrada a responsabilidade dos réus pelo evento danoso em apreço.

E, na medida em que não há liame causal entre os fatos e o dano, a manutenção da r. sentença é medida que se impõe.

O laudo pericial relata a inexistência de qualquer evidência da inobservância de regra técnica da medicina. Restou demonstrado ainda, que a conduta adotada pelos médicos que atenderam o paciente não destoaram do que é comum na prática médica, não sendo possível concluir que as sequelas decorreram do atendimento prestado pelos réus.

Isso porque, embora tenha ocorrido a indesejada icterícia, restou demonstrada a existência de outras circunstâncias em relação à gravidez da autora, aptas a desencadear o quadro existente na hipótese.

Confiram-se, a propósito, as ponderações do Sr. Expert:

"O autor nasceu de parto normal, a termo, histórico gestacional sem intercorrências. Nasceu em boas condições cardio respiratórias, demonstradas pela nota de APGAR de 9 a 10 nos primeiro e quinto minutos com peso de 2120g considerado recém nascido de baixo peso que, segundo classificação da OMS (Organização Mundial de Saúde) todo recém nascido com menos de 2500g ao nascer é considerado RNBP. ***Se é de termo como no caso do autor, é considerado também Pequeno para a Idade Gestacional (PIG). O recém nascido PIG reflete um retardo do crescimento intra uterino muitas vezes relacionado à desnutrição fetal, com todas as suas consequências.*** *A mãe é do grupo sanguíneo O RH- (negativo). Se o indivíduo RH negativo tem contato com sangue RH + ele desenvolve anticorpos contra as hemácias Rh + e estes anticorpos podem destruir hemácias Rh+.* ***Quando a pessoa Rh negativo começa a produzir anticorpos contra hemácias Rh +, dizemos que ela foi sensibilizada, e para descobrir esta sensibilização, usamos o teste de Coombs, que de negativo passa a ser positivo quando ocorre esta sensibilização. Por isso se faz o teste de Coombs na gestante RH negativo. Se o Coombs da***

Acesso ao Sumário

mãe é positivo significa que ela foi sensibilizada e se o feto é Rh+ ele pode desenvolver uma icterícia muito grave chamada de eritroblatose fetal. Se a mãe é Rh negativo e tem Coombs negativo (não foi sensibilizada e o feto é Rh +, então ela tem que tomar a vacina anti Rh, o que ocorreu no caso em tela. E o teste de Coombs do recém nascido era negativo, significando que ele não teria a eritroblastose fetal. Quando o periciado recebeu alta hospitalar em 18/10/2000, apresentava subicterícia ou seja, icterícia leve, não se justificando tratamento. *Após dois dias, em 20/10/2000 retorna com icterísicia intensa, febre (fl. 43) apresentando nível alto de bilirrubina total (28,6mg%) indicando a fototerapia, que é o tratamento preconizado para a icterícia neonatal.* ***O recém nascido evoluiu bem com queda progressiva da bilirrubinemia, recebendo alta e, 24/10/2000 com níveis normais para a idade.***

(...)

No caso em discussão, o RN nasceu sem anoxia perinatal, não apresentou icterícia precoce antes de 12 horas de vida, não apresentou incompatibilidade sanguínea no grupo ABO, mãe "O" e filho "O", nem no grupo Rh, mãe e filho com Coombs negativos. Recém nascido de termo PIG. ***No dia da alta, 18/10/2000 apresentava subicterícia com necessidade de fototerapia, o que foi feito. Teve boa evolução com o tratamento. Os níveis de bilirrubinas toleráveis após 4 dias****. Apresenta um quadro neurológico de paralisia cerebral distônica e surdez neurosensorial que sugere fortemente o diagnóstico de sequela de hiperbilirrubinemia neonatal – kernicterus".* (fls. 502/504 - destaquei).

Percebe-se, pois, que as alegações constantes do recurso se revelam equivocadas, na medida em que a piora do quadro de saúde da criança não se deu em decorrência do atendimento prestado no parto ou na internação da criança, destacando-se que todas as medidas necessárias foram adotadas.

E não se diga que o laudo pericial é contrário à prova dos autos.

Veja, a prova foi produzida com base nas fichas médicas decorrentes das internações, bem como dos exames da mãe e de seu filho. As alegações de contrariedade em relação aos documentos dos autos não apontaram sequer no que consistiriam tais contrariedades.

Acesso ao Sumário

E, à míngua de qualquer elemento apto à demonstração de vício na elaboração do laudo, não há se falar no acolhimento de tais argumentos.

Outra não pode ser a conclusão senão a de inexistir nexo causal entre os fatos ocorridos e o dano, impondo-se a rejeição dos pedidos formulados.

O magistrado sentenciante apercebeu-se de tais circunstâncias:

"Dessa forma, tem-se que o dano suportado pelo autor não é indenizável, uma vez que este não está relacionado com o parto realizado. Conforme apontado no laudo pericial, as sequelas que o requerente possui decorrem de outras causas que 'podem ser pré natais, perinatais ou pós natais, que podem

atuar na gênese da Paralisia cerebral e que muitas vezes não se consegue estabelecer definitivamente de forma incontestável o agente etiológico'. Nota-se que o Perito foi claro ao afirmar que não houve nexo de causalidade entre o dano suportado e a conduta dos requeridos.

Perante tal quadro, em que inexiste conduta ilícita, nem nexo de causalidade entre dano e os fatos narrados na inicial, não estão configurados os requisitos necessários para a caracterização da responsabilidade civil." (fls. 550/551).

Do mesmo modo não merecem acolhimento as alegações de responsabilidade objetiva dos réus. Deveras, o caso não é de perquirir se os requeridos respondem independente da existência de culpa, uma vez que, como assentado, falta na hipótese antecedente lógico à responsabilização (nexo causal).

Note-se ainda que o objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas sim o tratamento diligente e conforme as técnicas atuais recomendadas pela Medicina.

Nesse diapasão, oportuno citar o eminente doutrinador Silvio Venosa:

"O médico obriga-se a empregar toda a técnica, diligência e perícia, seus conhecimentos, da melhor forma, com honradez e perspicácia, na tentativa da cura, lenitivo ou minoração dos males do paciente. Não pode garantir a cura, mesmo porque a vida e a morte são valores que pertencem a esferas espirituais. Vezes haverá, no entanto, em que a obrigação médica ou paramédica será de resultado, como na cirurgia plástica, e em procedimentos técnicos de exame laboratorial e outros (...)" (Responsabilidade Civil, São Paulo Atlas, 2007, p 121).

De outra forma não pensa o renomado jurista Silvio Rodrigues:

"O fato de o esculápio não conseguir curar o doente não significa que inadimpliu a avença. Com efeito, quando o cliente toma os serviços profissionais de um médico este apenas se obriga a tratar o doente com zelo, diligência e carinho adequados, utilizando os recursos de sua profissão e arte, não se obrigando, portanto, a curar o doente. De modo que, se o paciente vem a falecer, não se pode falar em inadimplemento de um contrato, pois não havia o médico, nem lhe seria lícito assumir, a obrigação de curar o paciente." (Responsabilidade Civil, vol. IV, 83, pg. 255/256).

Aliás, a respeito da responsabilidade civil em caso de erro médico, este E. Tribunal de Justiça já decidiu:

"Agravo retido. Ilegitimidade de parte. *Inocorrência. Responsabilidade ante serviços prestados. Recurso da Santa Casa desprovido. Responsabilidade civil. Erro médico. Inocorrência. Obrigação de meio, não de resultado. Ausência de culpa em qualquer de suas modalidades. Má-prestação de serviços*

pelo hospital ou pelo médico. Inocorrência. Ausência absoluta de provas em prol da tese do autor. Recurso desprovido. (AC 0001805-59.2009.8.26.0620, 1ª Câmara Extraordinária de Direito Público. Rel. Des. **Borelli Thomaz**, j. 23/06/).

E ainda, como já decidido nesta E. 6ª Câmara:

"Responsabilidade Civil – Indenização por danos morais e materiais – Erro médico – Conduta culposa no atendimento médico que teria acarretado sequelas permanentes à autora, que perdeu a mobilidade de parte do membro superior direito – Sentença de improcedência – Recurso da autora – Desprovimento de rigor – Ausência de provas suficientes a ensejar a responsabilização – Sentença mantida – Recurso desprovido. (AC 0014626-79.2011.8.26.0344, rel. Des. **Sidney Romano dos Reis**, j. 10/08/2015).

No mesmo sentido são os resultados dos processos n. 0019108-70.2011.8.26.0053, julgado em 22.06.2015; 0138340-52.2006.8.26.0053, julgado em 23.03.2015 e 0012319-15.2009.8.26.0477, julgado em 10.02.2014, **de minha relatoria.**

Destarte, como não restou comprovada qualquer falha na prestação do serviço pela equipe médica, que agiu com presteza e conforme os recursos da medicina atual, restando incabível falar em dever de indenizar no caso em testilha.

Por derradeiro, diante da atuação dos patronos dos apelados em grau recursal, majoro os honorários advocatícios fixados na origem em 1%, conforme preconiza o artigo 85, § 11º. e § 4º., inciso II, do Código de Processo Civil.

Assim sendo, de rigor o improvimento do presente recurso, mantendo-se a r. sentença monocrática, proferida em consonância com os argumentos acima articulados.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

Apelações/Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1001809-67.2018.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, são apelados CLEIRE APARECIDA NEGRI SIMONETTI, ARY SIMONETTI e KÁTIA SIMONETTI ORLANDINI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento aos recursos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 53.271)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente), JARBAS GOMES e OSCILD DE LIMA JÚNIOR.

São Paulo, 11 de setembro de 2018.

RICARDO DIP, Relator

Ementa: TRIBUTÁRIO. ITCMD – IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO DE QUAISQUER BENS OU DIREITOS. BASE DE CÁLCULO. DECRETO PAULISTA Nº 55.002/2009.

Vulnera o § 1º do inciso II do art. 97 do Código tributário nacional a alteração, por meio de decreto regulamentar, da base de cálculo de tributo.

Não provimento da remessa obrigatória e da apelação fazendária.

VOTO

RELATÓRIO:

1. Impetraram Cleire Aparecida Negri Simonetti e Outros mandado de segurança contra ato do Delegado Regional Tributário de Araraquara – Drt-15 e do Chefe do Posto Fiscal da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, visando ao reconhecimento da ilegalidade da atualização efetuada pelo Fisco sobre a base de cálculo de exigido Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação – Itcmd.

2. O M. Juízo de origem concedeu a segurança, para determinar que a base de cálculo do Itcmd objeto referente dos imóveis rurais seja o cálculo do Imposto Territorial Rural - ITR (e-págs. 248-52).

3. Do decidido, indicada a remessa obrigatória, apelou a Fazenda do Estado de São Paulo, sustentando, em resumo, a impossibilidade de propositura de mandado de segurança contra lei em tese, ausência de direito líquido certo e insistindo na legalidade do Decreto estadual n. 46. 655/2002 (de 1º-4), alterado pelo Decreto paulista n. 55. 002 /2009 (de 9-11) (e-págs. 261-8).

Não se respondeu ao recurso (e-pág. 279), e a Promotoria pública da Comarca manifestou-se pela falta de interesse de agir no feito (e-pág. 234).

É o relatório em acréscimo ao da sentença, conclusos os autos recursais

Acesso ao Sumário

em 13 de agosto de 2018 (e- pág. 287).

VOTO:

4. Trata-se de mandado de segurança impetrado por Cleire Aparecida Negri Simonetti e Outros, inventariantes dos bens deixados pelo óbito de Acyr Ayeul Simonetti, ocorrido aos 22 de janeiro de 2018.

De partida, afasta-se a arguição fazendária de que a impetração do vertente mandado de segurança se tenha dirigido contra lei em tese.

Não se vê que o discutido pleito de incidência de Itcmd infrinja o verbete n. 266 da Súmula do STF, porque, ao revés, empolga um **caso concreto** em que – isto não o nega a Fazenda Pública paulista – se exigiu o pagamento do tributo, considerando-se como base de cálculo, quanto aos imóveis rurais, o valor médio da terra-nua e das benfeitorias divulgado pela Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Estado de São Paulo, e, quanto aos imóveis urbanos, o valor venal utilizado para o cálculo do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis – Itbi, de acordo com o que dispõe o art. 16 do Decreto estadual n. 46.655/ 2002 (de 1º-4), alterado pelo Decreto paulista n. 55.002/ 2009 (de 9-11).

5. Por outro lado, não falta ao caso direito líquido e certo: bastaria considerar que já com as informações da Administração pública se caracterizou **resistência** à postulação, e essas informações supririam o direito líquido e certo exigível para a impetração:

> "(…) ter-se-á como líquido e certo – disse SEABRA FAGUNDES – o direito cujos aspectos de fato se possam provar, documentalmente, fora de toda a dúvida, o direito cujos pressupostos materiais se possam constatar pelo exame da prova oferecida com o pedido, **ou de palavras ou omissões da informação da autoridade impetrada**" (O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 279; a ênfase gráfica não é do original; cf. também, em sentido equivalente, MS 8.946, do eg. STJ -Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, j. 22 -10 -2003).

6. A Lei paulista n. 10.705/2000 (de 28-12), regulamentada pelo Decreto estadual n. 46.655/2002 , que instituiu o Itcmd, dispôs em seus arts. 9º, 10, 11 e 13:

> "Art. 9º - A base de cálculo do imposto é o valor venal do bem ou direito transmitido, expresso em moeda nacional ou em UFESPs (Unidades Fiscais do Estado de São Paulo).
>
> § 1º - Para os fins de que trata esta lei, considera- se valor venal o valor de mercado do bem ou direito na data da abertura da sucessão ou da realização do ato ou contrato de doação.
>
> § 2º - Nos casos a seguir, a base de cálculo é equivalente a:

Acesso ao Sumário

1. 1/3 (um terço) do valor do bem, na transmissão não onerosa do domínio útil;

2. 2/3 (dois terços) do valor do bem, na transmissão não onerosa do domínio direto;

3. 1/3 (um terço) do valor do bem, na instituição do usufruto, por ato não oneroso;

4. 2/3 (dois terços) do valor do bem, na transmissão não onerosa da nua-propriedade.

§ 3º- Na hipótese de sucessivas doações entre os mesmos doador e donatário, serão consideradas todas as transmissões realizadas a esse título, dentro de cada ano civil, devendo o imposto ser recalculado a cada nova doação, adicionando-se à base de cálculo os valores dos bens anteriormente transmitidos e deduzindo-se os valores dos impostos já recolhidos. (Acrescentados os §§ 3 º e 4º pelo inciso I do art. 2 º da Lei 10.992 de 21-12 -2001; DOE 22-12-2001 ; efeitos a partir de 01-01-2002).

§ 4º - Para a apuração da base de cálculo poderá ser exigida a apresentação de declaração, conforme dispuser o regulamento."

"Art. 10 - O valor do bem ou direito na transmissão 'causa mortis' é o atribuído na avaliação judicial e homologado pelo Juiz.

§ 1º - Se não couber ou for prescindível a avaliação, o valor será o declarado pelo inventariante, desde que haja expressa anuência da Fazenda, observadas as disposições do artigo 9º, ou o proposto por esta e aceito pelos herdeiros, seguido, em ambos os casos, da homologação judicial.

§ 2º - Na hipótese de avaliação judicial ou administrativa, será considerado o valor do bem ou direito na data da sua realização.

§ 3º - As disposições deste artigo aplicam-se, no que couber, às demais partilhas ou divisões de bens sujeitas a processo judicial das quais resultem atos tributáveis."

"Art. 11 - Não concordando a Fazenda com valor declarado ou atribuído a bem ou direito do espólio, instaurar-se-á o respectivo procedimento administrativo de arbitramento da base de cálculo, para fins de lançamento e notificação do contribuinte, que poderá impugná-lo.

§ 1º - Fica assegurado ao interessado o direito de requerer avaliação judicial, incumbindo-lhe, neste caso, o pagamento das despesas.

§ 2º - As disposições deste artigo aplicam-se, no que couber, às demais partilhas ou divisões de bens sujeitas a processo judicial das quais resultem atos tributáveis."

"Art. 13 - No caso de imóvel, o valor da base de cálculo não será inferior:

Acesso ao Sumário

I - em se tratando de imóvel urbano ou direito a ele relativo, ao fixado para o lançamento do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU;

II - em se tratando de imóvel rural ou direito a ele relativo, ao valor total do imóvel declarado pelo contribuinte para efeito de lançamento do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR."

Posteriormente editou-se o Decreto estadual n. 55.002/2009, que alterou o parágrafo único do art. 16 do Decreto local n. 46. 655 /2002, dispondo que:

"Poderá ser adotado, em se tratando de imóvel:

1 - rural, o valor médio da terra-nua e das benfeitorias divulgado pela Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Estado de São Paulo ou por outro órgão de reconhecida idoneidade, vigente à data da ocorrência do fato gerador, quando for constatado que o valor declarado pelo interessado é incompatível com o de mercado;

2 - urbano, o valor venal de referência do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis - ITBI divulgado ou utilizado pelo município, vigente à data da ocorrência do fato gerador, nos termos da respectiva legislação, desde que não inferior ao valor referido na alínea "a" do inciso I, sem prejuízo da instauração de procedimento administrativo de arbitramento da base de cálculo, se for o caso."

Ora, o Decreto estadual n. 55.002/2009, ao impor novos parâmetros para o cálculo do Itcmd, **superou o diploma normativo objeto da regulamentação**, incidindo em equívoco *ultra* ou mesmo *contra legem*, padecendo, portanto, de **ilegalidade.**

Sobre o tema já decidiu a 11 ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça, em ven. acórdão proferido pelo Des. AROLDO VIOTTI:

"Essa inoficiosa inovação feriu-se de ilegalidade, uma vez que, consoante se colhe de precedente desta Câmara, da lavra do Des. OSCILD DE LIMA JÚNIOR, ***' ... mesmo que o fato gerador tivesse ocorrido depois da publicação do Decreto 55. 002 /09 , ainda assim a base de cálculo do ITCMD deveria obedecer ao valor venal e não ao valor de referência (valor de mercado). Isso porque, nos termos do art. 97 , inciso II, e seu parágrafo 1 º, do CTN, nenhum tributo será instituído, nem aumentado, a não ser por meio de lei, com exceção das hipóteses previstas na Constituição Federal'*** (Apelação Cível 0014312-70.2010.8.26.0053).

Decreto não pode inovar no tocante à definição da base de cálculo de tributo, devendo ater-se à lei em sentido formal que se preordena a regulamentar.

A esse propósito, dentre vários outros precedentes da Corte:

Acesso ao Sumário

'APELAÇÃO MANDADO DE SEGURANÇA - IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO 'CAUSA MORTIS' E DOAÇÃO DE QUAISQUER BENS OU DIREITOS (ITCMD) - BASE DE CÁLCULO ADOÇÃO DE CRITÉRIO DIVERSO DAQUELE ESTABELECIDO PELA LEI MALTRATO AO POSTULADO DA RESERVA LEGAL SEGURANÇA CONCEDIDA SENTENÇA MANTIDA. A base de cálculo do ITCMD, nos termos da lei é o valor venal do bem ou direito transmitido na época da abertura da sucessão. RECURSOS OFICIAL E VOLUNTÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DESPROVIDOS.' (TJSP, 3ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 0062450 -17 .2011. 8.26.0576 , j . 19.02.2013 , Rel. o Des. AMORIM CANTUÁRIA).

Tanto não bastasse, o ato administrativo impugnado vulnera também o princípio da anterioridade da lei tributária. Ainda que 'ad argumentandum' pudesse ser aplicado o regime introduzido pelo citado Decreto estadual 55.002/09, suas disposições não poderiam retroagir. A autora da sucessão faleceu em junho de 2.009, e o mencionado Decreto é de dezembro do mesmo ano. Como assinalou a r. sentença, ***'... o aspecto material da hipótese de incidência é a transmissão 'causa mortis' e esta ocorre com a abertura da sucessão, isto é, na data do óbito, de modo que não se afigura admissível a aplicação retroativa do Decreto 55.002 , na medida em que o autor da sucessão faleceu em data anterior à vigência do Decreto'"*** (fls. 76) (AC 0047872-03.2010 , j . 9-4-2013).

Assim, razão assiste aos impetrantes, de sorte que a base de cálculo do Itcmd deve ser a mesma do ITR lançado no mesmo exercício, considerado como valor venal o valor de mercado do imóvel na data da abertura da sucessão, salvo o caso – aqui não **emergente** – de aplicação do disposto no § 2º do art. 10 da Lei n. 10.705/2000.

7. 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 provimento à remessa obrigatória e à apelação da Fazenda do Estado de São Paulo, mantendo-se a r. sentença proferida nos autos de origem n. 1001809-67.2018 da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Araraquara.

Eventual inconformismo em relação ao decidido será objeto de julgamento virtual, cabendo às partes, no caso de objeção quanto a essa modalidade de julgamento, manifestar sua discordância no momento da interposição de recursos.

É como voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1003747-57.2016.8.26.0073, da Comarca de Avaré, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE AVARÉ e Recorrente JUÍZO *EX OFFÍCIO*, é apelada ANNA LU DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.762)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SOUZA NERY (Presidente sem voto), EDSON FERREIRA e SOUZA MEIRELLES.

São Paulo, 3 de setembro de 2018.

J. M. RIBEIRO DE PAULA, Relator

Ementa: SERVIDOR PÚBLICO – Município de Avaré – Pretensão do pagamento do adicional de insalubridade em grau máximo, com base nos vencimentos integrais – Coisa julgada – Ação idêntica com trânsito em julgado – Tríplice identidade – Extinção do processo sem resolução do mérito (artigo 485, V, CPC) – Deslealdade processual – Litigância de má-fé – Condenação do Autor ao pagamento de multa de 9% do valor atualizado da causa (artigo 81 do CPC) – Recurso de apelação provido.

VOTO

Relatório

Ação proposta com objetivo de condenação da ré ao pagamento do adicional de insalubridade correspondente ao grau máximo, incidente sobre os vencimentos, com os respectivos reflexos.

A r. sentença, de relatório adotado,[1] acolheu em parte o pedido, para "*condenar o MUNICÍPIO DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE AVARÉ a pagar a requerente o valor referente ao adicional de insalubridade, no grau médio, calculado sobre o salário-base e com repercussão inclusive sobre o décimo terceiro salário e as férias, no período compreendido entre 02 de agosto de 2011 e 03 de outubro de 2015, a partir de quando deverá ser considerada a base de cálculo prevista na atual redação do artigo 146 da Lei Municipal nº 315/95*."

Acesso ao Sumário

1 Sentença, fls. 179/183

Recorre a Municipalidade pela reforma da sentença; recurso recebido e contra-arrazoado.[2]

Fundamentação

Servidora pública municipal, exercendo função de auxiliar de serviços gerais, admitida em 01.08.2011, pleiteia com fundamento no art. 146 da Lei Municipal 315/1995, o pagamento de adicional de insalubridade no grau máximo e reflexos, com base de cálculo nos seus vencimentos.

Tanto em contestação quanto em recurso de apelação, a Municipalidade alegou a litispendência desta com a ação nº 1006386-48.2016. 8.26.0073, que tramitou perante a Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Avaré; embora a autora tenha apresentado manifestação à contestação e contrarrazões à apelação, nada disse sobre o referido pressuposto negativo.

De fato, consultando o andamento processual no site do Tribunal de Justiça de São Paulo, nota-se identidade entre as duas ações, distribuídas em datas próximas (02.08.2016 e 24.11.2016).

Na ação distribuída ao JEFAZ ficou decidido pela Turma do Colégio Recursal, em acórdão publicado dia 14.07.2017:

> "A parte autora, portanto, faz jus ao pagamento do adicional de insalubridade no grau médio, calculado sobre o salário-base, alcançando, inclusive, as férias e o décimo terceiro salário, no período de exercício de cargo, observada a prescrição quinquenal até a data de 03 de outubro de 2015, a partir de quando deverá ser considerada a base de cálculo prevista na atual redação do artigo 146 da Lei Municipal nº 315/95 ("Referência/Padrão 01 (um) – Inicial da escala de vencimento dos servidores municipais").

A decisão se reveste da autoridade de coisa julgada, pois há tríplice identidade entre as ações: partes, pedido e causa de pedir. Sobre o tema, diz a doutrina:

> "As partes devem ser as mesmas, não importando a ordem delas nos polos das ações em análise. A causa de pedir, próxima e remota (fundamentos de fato e de direito, respectivamente), deve ser a mesma nas ações, para que se as tenha como idênticas. O pedido, imediato e mediato, deve ser o mesmo: bem da vida e tipo de sentença judicial. Somente quando os três elementos, com suas seis subdivisões, forem iguais é que as ações serão idênticas."[3]

Assim, reformo a r. Sentença para extinguir a ação sem resolução do mérito, em razão do reconhecimento da existência de coisa julgada, nos termos do artigo 485, V, do Código de Processo Civil.

Além disso, a conduta da autora ao ajuizar duas ações idênticas, manifesta

2 Recurso fls. 188/198. Contrarrazões fls. 216/230.

3 Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*, Ed. Revista dos Tribunais, 9ª ed., nota 19 ao art. 301 do CPC, pág. 496.

deslealdade processual e descumprimento da norma fundamental da boa-fé objetiva, dever de todo aquele que "*de qualquer forma participa do processo*" (art. 5º do CPC).

Ao deixar de se manifestar sobre as alegações da Municipalidade quanto à existência de outra ação idêntica, a autora deixa evidenciada sua pretensão de ampliar as chances de obter a procedência da ação.

Sendo assim, condeno a apelada ao pagamento de multa por litigância de má-fé, por propor ação temerária, quando tinha consciência da existência de outra ação idêntica, ajuizada pelo próprio Autor.

> *"Litigância temerária. A norma veda ao litigante ou interveniente agir de modo temerário ao propor a ação, ao contestá-la ou em qualquer incidente ou fase do processo. Proceder de modo temerário é agir afoitamente, de forma açodada e anormal, tendo consciência do injusto, de que não tem razão (Chiovenda. La condanna nelle spese giudiziali, 1.ª ed., 1901, n.319, p. 321)."* [4]

Nos termos do artigo 81, *caput* , do CPC, fixo a multa em 9% (nove por cento) do valor atualizado da ação.

Por todo exposto, dou provimento ao recurso de apelação para reformar a sentença e extinguir o processo sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, V, do CPC; condeno a autora ao pagamento de multa por litigância de má-fé; custas, despesas processuais e honorários de sucumbência, que elevo de dez para quinze por cento do valor da causa (art. 85, § 11), ressalvada a gratuidade judiciária concedida. É como voto.

Dispositivo

RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1009226-19.2016.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO EST. DE SP e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO,* é apelado MATEC ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.254)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TORRES

4 Nery Junior, Nelson e Nery, Rosa Maria de Andrade – Código de Processo Civil Comentado – 16ª Ed. Pg. 455, Revista dos Tribunais, 2016.

DE CARVALHO (Presidente) e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 6 de setembro de 2018.

NOGUEIRA DIEFENTHALER, Relator

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POLUIÇÃO SONORA. PRESCRIÇÃO. Irresignação contra a r. sentença pela qual o D. Magistrado *a quo* julgou prescrita a pretensão de condenar a ré ao pagamento de indenização pelos danos causados à coletividade, decorrentes de poluição sonora produzida em área urbana pelo uso de bate-estaca. Descabimento. Danos ao meio ambiente causados por poluição sonora que cessaram imediatamente com o fim da atividade poluidora. Inocorrência de hipótese de imprescritibilidade. Prescrição consumada no caso em exame. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público de São Paulo nos autos da ação civil pública ajuizada contra Matec Engenharia e Construções Ltda., em face da r. sentença de fls. 223/227, cujo relatório integro ao presente voto, por meio da qual o DD. Magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido de condenação da acionada pelos danos infligidos à coletividade decorrentes de poluição sonora causada pelo uso de bate-estaca em área urbana, em razão do reconhecimento do fenômeno processual da prescrição.

Sustenta, em síntese, que a pretensão à reparação dos danos causados ao meio ambiente é imprescritível, colacionando julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça e citando entendimento doutrinário a corroborar nesse sentido. Diz que "*A Justificativa da não aplicação do instituto da prescrição à pretensão de indenização por dano ao meio ambiente repousa, principalmente, no fato de não se tratar de pretensão de direito patrimonial (e que somente os direitos patrimoniais estão sujeitos à prescrição), mas sim de direito ambiental, que é de ordem pública, indisponível, portanto, insuscetível de prescrição, apesar do efeito indenitário ser patrimonial.*". Pede a reforma da r. sentença, com o retorno dos autos à origem para prolação de nova decisão.

Contrarrazões a fls. 246/253.

A D. Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer (fls. 259/261) no sentido do desprovimento do recurso.

Acesso ao Sumário

Em acórdão de fls. 264/267, a Colenda 28ª Câmara de Direito Privado, para a qual o feito foi originalmente distribuído, declinou da competência, determinando a redistribuição dos autos a uma das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente.

É o relatório. Passo ao voto.

O recurso não admite provimento.

Em que pesem as alegações do recorrente, não estamos a tratar de hipótese de imprescritibilidade do dano ambiental, devendo ser mantida a r. sentença que reconheceu a ocorrência do fenômeno processual da prescrição.

Isso porque, diversamente do que ocorre com a maior parte dos danos causados ao meio ambiente, que perduram e se renovam com o passar do tempo, o dano ambiental em questão, causado por poluição sonora pelo uso de bate-estaca, cessou imediatamente com o fim da atividade poluidora – finalização da construção. Assim, por não causar dano de natureza permanente, não há motivos para que seja tratado como hipótese de imprescritibilidade. É como pontou o D. Prolator:

"Conforme bem exposto pelo membro do Ministério Público a fls. 126/130 e amplamente reconhecido pela jurisprudência posicionamento do qual este magistrado não se distancia, em regra, não há prazo prescricional para a ação de reparação de dano ambiental.

Porém, as razões para a adoção de tal concepção geral não se prestam, especificamente, à presente hipótese.

A respeito da imprescritibilidade da ação de reparação de dano ambiental, leciona Hugo Nigro Mazzilli (A defesa dos interesses difusos em juízo, 27ª ed., São Paulo, Saraiva, 2014, pp. 685/686):

Tratando-se de direito fundamental, indisponível, comum a toda a humanidade, não se submete à prescrição, pois uma geração não pode cobrir uma lesão com o manto da prescrição e impor às seguintes o eterno ônus de suportar práticas ou consequências de comportamentos que podem destruir o próprio habitat do ser humano.

Também a atividade degradadora contínua não se sujeita a prescrição: a permanência da causação do dano também elide a prescrição, pois o dano da véspera é acrescido diuturnamente.

(...)

A consciência jurídica indica que não existe o direito adquirido de degradar a natureza. É imprescritível a pretensão reparatória de caráter coletivo, em matéria ambiental. Afinal, não se pode formar direito adquirido de poluir, já que é o meio ambiente patrimônio não só das gerações atuais como futuras. Como poderia a geração atual assegurar o seu direito de poluir em detrimento de gerações que ainda nem nasceram?! Não se pode dar à reparação da natureza o regime de prescrição patrimonial do direito privado.

Acesso ao Sumário

Assim, sob tal fundamentação, se a poluição sonora é causada por mais de cinco anos, não se há de falar da ocorrência de prescrição da pretensão à cessação do dano ou à sua reparação, inclusive pecuniária, uma vez que a ofensa se prolongou no tempo. Não haverá direito adquirido do poluidor de continuar com a prática ou mesmo a isenção à reparação dos danos que por longo período se prolongaram.

A mesma solução, de imprescritibilidade, deve ser dada em casos como o de poluição do solo ou da água, por exemplo, em que os efeitos podem atingir gerações.

In casu, porém, considerando-se que o dano ocorreu apenas no ano de 2009, não havendo efeitos coletivos posteriores da poluição sonora causada, não há pedido de cessação da ofensa ou de reparação específica do dano que, há muito, não mais existe.

O pleito formulado, ainda que revestido de interesse público, é meramente patrimonial e tampouco se refere a hipótese de reparação de dano causado ao Erário, o que poderia atrair a incidência do artigo 37, § 5º, da Constituição Federal e, por consequência, a imprescritibilidade.

Nesse sentido, o reconhecimento da prescrição no presente não ofende o princípio da solidariedade intergeracional ou representa o reconhecimento do direito da requerida a poluir pois, repise-se, não há continuidade, quer da causação dos danos, quer de seus efeitos, a justificar o acolhimento da tese de imprescritibilidade, em detrimento à também cara segurança jurídica.

Diante desse quadro, forçoso reconhecer a incidência da regra geral de prescrição da ação civil pública, tal qual sedimentada pela jurisprudência, a se dar no prazo de cinco anos."

No mesmo sentido é o parecer ofertado pela D. Procuradoria de Interesses Difusos e Coletivos (fls. 259/261):

"Na área ambiental, a imprescritibilidade é a regra. Todavia, em casos especiais, como o presente de poluição sonora, a prescrição pode ser reconhecida.

Normalmente o dano ambiental é renovado constantemente, em razão da falta de sua reparação.

Mas, na poluição sonora, com o fim de sua produção, os efeitos para o meio ambiente, também terminam poluição terminou nessa época e os vizinhos deixaram de ser incomodados com a poluição.

É um caso em que não há reparação a ser feita.

Portanto, o posicionamento do juízo está correto, inclusive usando como base de tempo, a Lei Popular, que é a mais parecida com a ACP, até com matérias em comum, mudando basicamente a autoria. Por esta lei, o prazo prescricional era de 5 anos. Como o termino da poluição gerada pela empresa terminou em 2009 e a propositura foi em 2016, realmente houve a prescrição (mais de 5 anos)."

Acesso ao Sumário

Enfim, tendo em conta que os danos ambientais discutidos nos autos cessaram em 2009 e a ação foi ajuizada apenas em 2016, impõe-se a manutenção da r. sentença que reconheceu a prescrição, não vicejando a pretensão recursal.

Posto isso, dá-se meu voto no sentido do ***desprovimento*** do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 0006899-19.2014.8.26.0650, da Comarca de Valinhos, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO* e Apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado CARLOS EDUARDO BARRELLA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao reexame necessário. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.591)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSWALDO LUIZ PALU (Presidente sem voto), REBOUÇAS DE CARVALHO e DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 1º de outubro de 2018.

CARLOS EDUARDO PACHI, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Prestação de serviço público – Fornecimento de medicamento a pessoa portadora de Degeneração macular exaustiva no olho esquerdo CID H35-0 – Direito Constitucional à Saúde – Artigo 196 da Constituição Federal. Sentença de procedência mantida.

Recurso oficial improvido.

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de reexame necessário e de apelação interposta pela FESP em face da r. sentença de fls. 95/96, cujo relatório é adotado, que em mandado de segurança, concedeu a ordem, determinando às autoridades impetradas que forneçam ao impetrante o medicamento "*Lucentis*", a última aplicação do sétimo ciclo, no dia 12.09.2014, mediante apresentação de receituário médico de profissional de saúde, confirmando a liminar concedida. Custas na forma da lei. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos

Súmula nº 512, do C. Supremo Tribunal Federal.

O V. Acórdão a fls. 152/159 foi posteriormente anulado, com determinação de remessa dos autos à Vara de origem (fls. 191/192).

Apela a FESP sustentando que o medicamento pleiteado pelo impetrante não integra o protocolo clínico de diretrizes terapêuticas de medicamentos excepcionais do Ministério da Saúde, não podendo ser obrigada a fornecer tal medicamento, e que tal pleito implica obrigações fora das perspectivas orçamentárias, devendo prevalecer a coletividade, não podendo o direito ser interpretado ou exercido isoladamente. Suscita o art. 2º, da CF, a necessidade de prévia dotação orçamentária, sempre com a chancela do Legislativo, nos termos dos arts. 165 a 169, da CF, e arts. 174 a 176, da CE (fls. 202/206).

Apresentadas contrarrazões a fls. 212/216.

O Ministério Público opinou pelo improvimento do recurso (fls. 218/222).

Processados os recursos, subiram os autos.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento dos recursos (fls. 232/238).

É o relatório.

Cuida-se de mandado de segurança pelo qual o Impetrante, portador de Degeneração Macular exaustiva no olho esquerdo *(CID H35.0)*, necessita fazer uso do medicamento *Lucentis*, consoante relatório médico a fls. 18/19.

Cabe às autoridades estatais competentes garantir o bem estar, a saúde e a vida dos cidadãos governados.

É imperativo constitucional e legal que a Impetrante tem o direito à saúde. A Lei nº 8.080/90, instituidora do Sistema Único de Saúde (SUS) também explicita, como objetivo básico, a assistência médica e tratamento integral da saúde, inclusive com o fornecimento de medicamentos e insumos (artigos 2º, 5º, 6º e 7º).

O acesso à saúde, previsto constitucionalmente pelo art. 196, é matéria de competência concorrente, sendo responsabilidade da União, dos Estados e dos Municípios, indistintamente, a sua garantia.

Trata-se de caso extremo, que exige o fornecimento de medicação, comprovadamente necessária, conforme o conjunto comprobatório dos autos, cujo custo não pode ser suportado pelo impetrante.

Nos termos do art. 196, da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado, tendo primazia sobre todos os demais interesses juridicamente tutelados; deverá o Estado fornecer os medicamentos e tratamentos necessários *incontinenti*, não subsistindo justificativas em sentido contrário.

Portanto, o direito à saúde não se limita apenas ao aspecto hospitalar, mas também ao fornecimento, pelo Poder Público, da terapia, respectivos remédios

Acesso ao Sumário

e insumos aos necessitados. O Recorrido tem direito à vida e à saúde, como corolários do **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana (artigo 1º, III, CF)**, que é o norteador da interpretação e aplicação do direito.

Se o Estado-administração não atender a tais direitos de forma voluntária, o Poder Jurisdicional o compelirá ao cumprimento das garantias fundamentais dos cidadãos, até porque vigente o Princípio da Inafastabilidade do controle jurisdicional a toda lesão ou ameaça a direitos (artigo 5º, XXXV, CF).

A respeito do tema, JOSÉ AFONSO DA SILVA ensina que "*há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem direito a tratamento condigno de acordo com o estado atual da Ciência Médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais....*

A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.....

O direito é garantido por aquelas políticas públicas indicadas, que hão de ser estabelecidas, sob pena de omissão constitucional, até porque os meios financeiros para o cumprimento do dever do Estado, no caso, são arrecadados da sociedade, dos empregadores e empresas, dos trabalhadores e de outras fontes..." (Comentário Contextual à Constituição, 3ª edição, pág. 767/768, Ed. Malheiros).

O Colendo Supremo Tribunal Federal, em brilhante voto do Ministro Celso de Mello, já pacificou entendimento a respeito do tema, em caso análogo, nos seguintes termos:

> *"Paciente com HIV/AIDS – Pessoa destituída de recursos financeiros – Direito à vida e à saúde – Fornecimento gratuito de medicamentos – Dever Constitucional do Poder Público (cf. arts. 5º, caput, e 196) – Precedentes (STF) – Recurso de Agravo improvido. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.*
>
> *– O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular e implementar políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.*
>
> *– O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.*

Acesso ao Sumário

O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE.

– O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES.

– o reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF (AGRG no RE nº 271.286-8/RS, 2ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, DJU 24.11.2000).

Nesta Câmara:

"MEDICAMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE SUPLEMENTOS OU INSUMOS ESPECÍFICOS QUE A PARTE NECESSITA. Direito à saúde é assegurado pela regra do artigo 196 da Constituição Federal, que constitui norma de eficácia imediata. Dever do Estado. Obrigação solidária da União, Estados e Municípios, isolada ou conjuntamente, de garantir assistência à saúde da população. Na verdade, é da essência do papel do Poder Judiciário atuar sem qualquer restrição ou limite diante da situação de litígio, como ocorre em relação ao pedido para fornecimento de medicação não redunda, absolutamente, em decisão que fere o principio da autonomia entre os poderes. Diante da parcimônia ou omissão do Estado, o desenvolvimento da atividade jurisdicional não expressa qualquer ingerência indevida na área de competência do Poder Executivo, vez que a parte pretende tão somente o

Acesso ao Sumário

cumprimento do dever constitucional do Estado de preservar e recuperar a saúde, valendo-se, para tanto, da interpretação empregada para a regra do artigo 196 da Constituição Federal. Princípio da reserva do possível que não pode se sobrepor aos direitos fundamentais. PRINCÍPIO ATIVO ESPECÍFICO. O relatório médico é juridicamente hígido e goza de total credibilidade para o fornecimento do medicamento específico. Recurso provido." (AgRg 0035672-65.2009.8.26.0451/50000, Rel. José Maria Câmara Junior, j. 12.09.2012).

No Tribunal de Justiça, citam-se os seguintes precedentes: **1ª Câmara de Direito Público**, Apelação Cível n° 994.09.237860-6, Rel. Des. Danilo Panizza; **2ª Câmara de Direito Público**, Apelação Cível n° 990.09.374064-8, Rel. Des. Vera Angrisani; **4ª Câmara de Direito Público**, Apelação Cível n° 994.04.048035-6, Rel. Des. Thales do Amaral; **5ª Câmara de Direito Público**, Apelação Cível n° 990.10.062619-1, Rel. Des. Franco Cocuzza; **6ª Câmara de Direito Público**, Apelação Cível n° 990.10 021719-4, Rel. Des. Oliveira Santos, entre vários outros.

E, como bem exposto pelo representante Ministerial: "*Assim, é de todo impertinente curvar-se a regulamentos de programas instituídos pela Administração Pública, pois sempre há de preponderar a iminente necessidade do requerente que, a bem da verdade, não tem outra saída a não ser recorrer aos estabelecimentos credenciados do Estado para salvaguarda de sua vida e dignidade humana, fundamentos basilares do Estado Democrático de Direito em que se lastreou a República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da C.F.)*." (fls. 220/221).

Ademais, não pode o Poder Público, a pretexto de ausência de recursos orçamentários, de necessidade de previsão orçamentária, e de que deve atender sem favorecimento o maior número de pessoas, deixar de cumprir o direito fundamental à saúde.

Como bem decidido neste Tribunal:

"Ora, se a saúde constitui, de um lado, direito público subjetivo do cidadão e, de outro, dever do Estado, é inadmissível que o Poder Público crie obstáculos ao fornecimento dos medicamentos de que necessita a impetrante, sob a alegação de que tal prática implicaria no atendimento de interesse individual em detrimento do interesse coletivo. É desnecessário haver previsão orçamentária para a aquisição do medicamento imprescindível à saúde da impetrante, visto que a aquisição respectiva se enquadra nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação, na forma do disposto no artigo 24, inciso IV, da Lei n° 8.666/93, não havendo, portanto, tal sorte de óbice para o fornecimento do remédio. O Poder Público pode dispor de recursos financeiros para

Acesso ao Sumário

gerenciar tais situações de crise, havendo, sim, meios viáveis para se adquirir a medicação ora pleiteada, em prol da saúde, interesse público que deve ser cuidado pelos administradores" (TJSP – 12ª C. Dir. Público – AC 9257347-73.2008.8.26.0000 – Rel. Prado Pereira – j. 18.02.2009).

"Cumpre notar que se a despesa para o cumprimento de preceito constitucional precisa de prévia previsão orçamentária, isso deve ser providenciado pelo Estado e não pela apelada. O acolhimento do entendimento da Fazenda do Estado implicaria na impossibilidade de sua condenação de qualquer benefício previsto na Constituição ou na legislação infraconstitucional para os quais o Estado não tivesse providenciado a oportuna previsão orçamentária e, isto corresponde, em última análise, em reconhecer que caberia aos elaboradores do orçamento dizer o que é direito ou não, independentemente de disposições constitucionais e infraconstitucionais legais instituidoras de direito e garantias, bem como tornaria inúteis todas as normas constitucionais pertinentes ao controle jurisdicional da Administração" (TJSP – 12ª C. Dir. Público – AC 351.413-5/9-00 – Rel. Rebello Pinho – j. 10.01.2007).

Portanto, sempre que houver a omissão do Poder Público, no cumprimento de suas obrigações, deverá o Poder Judiciário intervir e garantir que a norma legal seja cumprida, não se traduzindo tal atuação em indevida intervenção de um Poder em outro.

Por fim, desnecessário que o impetrante apresente prescrição e relatório médico atualizado, porquanto a concessão da ordem diz respeito ao fornecimento do medicamento referente à última aplicação do sétimo ciclo, no dia 12.09.2014, que já foi providenciada pela Prefeitura Municipal de Valinhos (fls. 76).

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso oficial, mantida a r. sentença por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 0020401-46.2009.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO *EX-OFFÍCIO*, são apelados ANGELA SPINA (E OUTROS(AS)), APPARECIDA MENINI FERREIRA, GENY GONÇALVES BATISTA, NAIR PEREIRA DUARTE e TEREZINHA EDITE CARNEIRO CHRISTOFOLETTI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Aceitaram a conclusão dos autos com base no artigo 1.040, II, do Código de

Processo Civil, para adequar os índices de correção monetária e juros aplicáveis nas condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, conforme decisões dos Tribunais Superiores. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.057)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente), REINALDO MILUZZI e MARIA OLÍVIA ALVES.

São Paulo, 1º de outubro de 2018.

SIDNEY ROMANO DOS REIS, Relator

Ementa: Apelação Cível – Acórdão desta Câmara que negou provimento ao recurso da FESP e assim, mantida a r. Sentença que determinou a majoração de pensão de pensionistas, sem aplicação da Lei Federal nº 11.960/09 – Interposição de Recursos Especial e Extraordinário pela FESP – Juízo de "retratação" do art. 1030 do NCPC (Recursos Especial e Extraordinário) – Nova conclusão ao Relator por ordem do DD. Presidente da Seção de Direito Público – Aceitação da conclusão, com alteração do julgado.

1. Com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 870.947/SE, deve ser dado integral cumprimento ao decidido no julgamento do Tema 810, que trata da validade da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre as condenações impostas à Fazenda Pública – Condenação judicial referente a servidores e empregados públicos – Aplicação dos índices de atualização monetária descritos no item 3.1.1 do RE nº 1.495.146/MG, Tema 905, julgado pelo STJ. Juízo de retratação aceito para adequação no que toca aos consectários legais.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Por meio de Acórdão de fls. 176/185, da lavra deste Relator, a C. 6ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, não conheceram do recurso Oficial, rejeitaram a preliminar e negaram provimento ao recurso voluntário da Caixa Beneficente da Policia Militar do Estado, sem aplicação da Lei Federal nº 11.960/09 porque posterior à propositura da demanda, mantida assim a r. sentença de fls. 101/102, que julgou procedente a ação, condenando a ré a pagar à autora pensão no valor de 100%

(cem por cento) da totalidade dos vencimentos ou proventos, a partir da data do falecimento (posterior a 05/10/1988). Determinou que as parcelas atrasadas, respeitada a prescrição qüinqüenal e deduzidas as quantias já recebidas, sejam corrigidas desde as datas dos respectivos vencimentos e acrescidas de juros de mora de 1% ao mês (Código Civil, artigo 406, c/c CTN, artigo 161, §1º), desde a citação, dado o seu caráter alimentar. Em razão da sucumbência, condenou a ré ao pagamento das custas processuais e da verba honorária, fixada em 10% sobre o débito apurado em execução, e vencidos até a conta a conta de liquidação..

Irresignada a **Fazenda do Estado de São Paulo** interpõe **Recurso Especial**, regularmente contrariado.

Por fim, r. despacho do Eminente Desembargador Evaristo dos Santos, Presidente da Seção de Direito Público desta Egrégia Corte de Justiça, considerando o julgamento do **RE nº 1.495.146/MG (Tema 905 do C.STJ)**, devolveram-se os autos a esta Colenda Câmara de Direito Público para realização de Juízo de Retratação.

2. Do juízo de retratação.

Em razão da novel disciplina processual relativa ao procedimento de admissibilidade dos Recursos Especial e Extraordinário, sobretudo fundado no art. 1.030 e seus parágrafos, do Código de Processo Civil, compete a esta Câmara de Direito Público apreciar questão ventilada em RE ou REsp em caso de reconhecimento pelos C. STJ ou STF da multiplicidade de recursos com idêntica fundamentação, retratando-se ou declarando prejudicado o recurso.

Em sendo assim, aceito a nova conclusão dos autos da Apelação Cível para o fim de exercer o juízo de "retratação".

3. Feitos estes esclarecimentos iniciais, passa-se ao exame da questão ora posta, a saber: se aplicável o disposto no art. 1º-F da Lei Federal nº 9.494/97 na redação dada pela Lei Federal nº 11.960/09.

Como sabido, trata-se de tema por demais complexo e que gerou intenso debate nas Cortes Estaduais bem como nos Tribunais Superiores.

Contudo, consoante recente decisão do E. Supremo Tribunal Federal, com o julgamento do **Recurso Extraordinário nº 870.947/SE**, deve ser dado integral cumprimento ao decidido no julgamento do **Tema 810**, que trata da validade da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre as condenações impostas à Fazenda Pública, conforme previsto no artigo 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09.

Este o teor da Ementa do julgado:

DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A

Acesso ao Sumário

REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CRFB, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DE CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, QUANDO ORIUNDAS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CRFB, ART. 5º, 'CAPUT'). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, 'caput'), no seu núcleo essencial, revela que o artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, os quais devem observar os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito; nas hipóteses de relação jurídica diversa da tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto legal supramencionado.

2. O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, porquanto a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.

3. A correção monetária tem como escopo preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação. É que a moeda fiduciária, enquanto instrumento de troca, só tem valor na medida em que capaz de ser transformada em bens e serviços. A inflação, por representar o aumento persistente e generalizado do nível de preços, distorce, no tempo, a correspondência entre valores real e nominal (cf. MANKIW, N.G. Macroeconomia. Rio de Janeiro, LTC 2010, p. 94; DORNBUSH, R.; FISCHER, S. e STARTZ, R. Macroeconomia. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil,

Acesso ao Sumário

2009, p. 10; BLANCHARD, O. Macroeconomia. São Paulo: Prentice Hall, 2006, p. 29).

4. A correção monetária e a inflação, posto fenômenos econômicos conexos, exigem, por imperativo de adequação lógica, que os instrumentos destinados a realizar a primeira sejam capazes de capturar a segunda, razão pela qual os índices de correção monetária devem consubstanciar autênticos índices de preços.

5. Recurso extraordinário parcialmente provido. Recurso Extraordinário nº 870.947-SE, julgado em 20/9/2017, Rel. Luiz Fux, publicado em 20/11/2017.

Com o julgamento do Recurso Especial nº 1.495.146/MG, (DJe de 02/03/2018), o Superior Tribunal de Justiça discutiu os índices de correção monetária e os juros de mora a serem aplicados nos casos de condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos:

3.1.1 Condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos.

As condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até julho/2001: juros de mora: 1% ao mês (capitalização simples); correção monetária: índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) agosto/2001 a junho/2009: juros de mora: 0,5% ao mês; correção monetária: IPCA-E; (c) a partir de julho/2009: juros de mora: remuneração oficial da caderneta de poupança; correção monetária: IPCA-E.

Assim, no caso em tela, devem ser aplicados os índices de atualização monetária descritos no item 3.1.1 do REsp. nº 1.495.146/MG, Tema 905, julgado pelo C. Superior Tribunal de Justiça.

4. Ante todo o exposto, pelo meu voto, aceito a conclusão dos autos com base no artigo 1.040, II, do Código de Processo Civil, para adequar os índices de correção monetária e juros aplicáveis nas condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, conforme decisões dos Tribunais Superiores.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1028363-25.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO

Acesso ao Sumário

EX OFFICIO, é apelado CEDRO ROSA INCORPORAÇÕES LTDA.

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 aos recursos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.465)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente), HENRIQUE HARRIS JÚNIOR e MÔNICA SERRANO.

São Paulo, 3 de outubro de 2018.

OCTAVIO MACHADO DE BARROS, Relator

Ementa: APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO – ITBI – Ordem parcialmente concedida – Diversidade de valores para cálculo do IPTU e ITBI – Inadmissibilidade – Inconstitucionalidade do Decreto nº 46.228/05 declarada pelo Órgão Especial do TJSP – O valor venal base de cálculo do IPTU ou o da transação, o que for maior, é que deve servir como base de cálculo do ITBI – Decisão mantida – Recursos desprovidos.

VOTO

Apelação e Reexame Necessário contra sentença que concedeu parcialmente a ordem em mandado de segurança preventivo[1] **para garantir o recolhimento do ITBI com base no valor venal do IPTU ou valor efetivo da transação de compra e venda, o que for maior.**

Sustenta a Municipalidade apelante, em preliminar, falta de interesse de agir, ante a possibilidade de pedido administrativo de avaliação especial do imóvel, e inadequação da via eleita porque a matéria deduzida demandaria produção de provas. No mérito, alega legalidade da base de cálculo adotada pelo Município, pois defende a possibilidade de adoção de valores venais distintos para o ITBI e o IPTU.

Recurso recebido e processado com resposta.

Relatado.

As questões prejudiciais de inadequação da via eleita e de falta de interesse de agir ficam rejeitadas, pois os documentos constantes dos autos se mostram suficientes para bem compreender a questão e conferir solução adequada ao

Acesso ao Sumário

1 Valor da Causa em junho de 2017: R$ 10.000,00.

litígio, dispensando a produção de outras provas e o esgotamento prévio da via administrativa antes da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF).

No mérito, tanto o artigo 38, do Código Tributário Nacional, como o artigo 7º, da Lei nº 11.154/91, dispõem que a base de cálculo do ITBI deve corresponder ao valor venal dos bens ou direitos transmitidos por ato oneroso. No caso, contudo, o Órgão Especial do E. Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu a inconstitucionalidade do Decreto Municipal nº 46.228/05, nos autos do Incidente de Inconstitucionalidade nº 009998335-50.2006.8.26.0000, julgado em 16.06.2010, em que foi Relator o *Desembargador Renê Ricupero*, com a seguinte ementa:

> *Arguição de Inconstitucionalidade – Município de São Paulo – Decreto Municipal 46.228/2005 ITBI – Imposto sobre transmissão de bens imóveis "inter vivos" – Aumento na base de cálculo – Art. 150 da Constituição Federal – Inconstitucionalidade reconhecida. Na veiculação de temas de direito tributário que concernem às relações entre o Estado e o contribuinte, sujeita-se o Poder Público ao princípio constitucional da reserva de Lei, disposto no artigo 150 da Constituição Federal, que veda à União, Estados ou Municípios a exigência ou aumento de tributo sem lei que o estabeleça. Tendo em vista que, a teor do art. 38, do CTN, a base de cálculo para o lançamento tributário é o valor venal dos bens e títulos transmitidos, para se atribuir outro valor ao imóvel, que não o decorrente do anterior, mister a existência de uma lei que o autorize, não bastando para isso, simples decreto.*

Ora, a fonte do Direito Tributário não é o decreto, a lei municipal nem o ato administrativo, mas a Constituição da República, a Lei Complementar e a Lei Ordinária, como preceitua o artigo 5º, II, da Constituição Federal: *Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedada à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios I. Exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça. Aí repousa a tipicidade tributária ou princípio da estrita legalidade.*

No caso, a Lei Municipal nº 14.256/06 ratificou o aludido Decreto para modificar a base de cálculo do ITBI prevista no artigo 7º, da Lei Municipal nº 11.154/91 e no art. 38, do CTN, porém, desconsiderando o valor venal do imóvel para prevalecer o valor de mercado, de maneira que, por mero ato administrativo, a Municipalidade passou a fixar a base de cálculo do ITBI de acordo com o preço do negócio, por meio de ato administrativo, o que não se admite na espécie, como adverte HUGO DE BRITO MACHADO: *... a diferença entre preço e valor é relevante. O preço é fixado pelas partes, que em princípio são livres para contratar. O valor dos bens é determinado pelas condições do mercado, pela oferta e procura dos bens. O preço funciona, no caso, como uma declaração de valor, que pode ser aceita, ou não, pelo fisco, aplicando-se, na*

Acesso ao Sumário

hipótese de divergência, a disposição do art. 148 do CTN ("Curso de Direito Tributário", Ed. Malheiros/SP, 2001, p. 189).

Em suma, ao instituir base de cálculo para o ITBI, diversa do valor venal, o Decreto Municipal nº 46.228/2005 contraria o critério normatizado no art. 38, do CTN e, no art. 7º, da Lei nº 11.154/91, atentando contra o princípio da estrita legalidade, a comprometer a devida fixação do *quantum debeatur.*

Daí porque, **nega-se provimento aos recursos.**

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0027258-58.2018.8.26.0000, da Comarca de Itatiba, em que é suscitante 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, é suscitado 9ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Turma Especial - Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Por maioria, julgaram procedente o conflito de competência, para o fim de reconhecer a competência da suscitante, C. 6ª Câmara de Direito Público, vencidos os desembargadores Sidney Romano dos Reis e Edson Ferreira, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.695)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDUARDO GOUVÊA (Presidente), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, TORRES DE CARVALHO, SIDNEY ROMANO DOS REIS, WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, FERMINO MAGNANI FILHO, LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, JARBAS GOMES, LUIZ FELIPE NOGUEIRA, EDSON FERREIRA, PAULO BARCELLOS GATTI, HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, LUCIANA BRESCIANI, RAUL DE FELICE, FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA, ANTONIO CELSO FARIA e CARLOS MONNERAT.

São Paulo, 20 de agosto de 2018.

REBOUÇAS DE CARVALHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Desapropriação de imóvel único, e indivisível, com matrículas distintas – Conexão entre as ações

de desapropriação constatada – Prevenção, nos termos do art. 105, do RJSP, em relação ao agravo de instrumento interposto na primeira ação de desapropriação, com as mesmas partes e causa de pedir, a fim de evitar julgamentos distintos em relação a imóvel contíguo, que agrupa matrículas distintas – Precedentes desta C. Turma Especial – Conflito de Competência julgado procedente, com determinação da competência da Câmara suscitante, C. 6ª Câmara de Direito Público.

VOTO

Conflito de competência que tem como suscitante a C. 6ª Câmara de Direito Público e suscitada a C. 9ª Câmara de Direito Público, nos autos da ação de desapropriação movida pela Concessionária Rota das Bandeiras S/A em face de Antonio Leone Filho& Cia LTDA-ME, sob o fundamento de que inexistente conexão com outra ação de desapropriação entre as mesmas partes, porém de área total e matrículas diversas.

Distribuídos os autos ao eminente Desembargador Décio Notarangeli (fl. 870), houve não conhecimento do recurso de apelação nesta ação de desapropriação nº 1001911-12.2013.8.26.0281, em razão da reputada prevenção da 6ª Câmara de Direito Público, diante do julgamento do agravo de instrumento nº 2050408-10.2013.8.26.0000, interposto nos autos da ação de desapropriação nº 1001913-79.2013.8.26.0281.

Então, redistribuído por prevenção à eminente Desembargadora Silvia Meirelles (fl. 910), a Colenda 6ª Câmara de Direito Público suscitou o conflito negativo de competência (fls. 948/952).

É o relatório.

O caso é de julgar procedente o conflito, com fixação da competência perante a suscitante, a C. 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo.

O cerne da controvérsia está circunscrito à verificação da existência ou não da prevenção da C. 6ª Câmara de Direito Público, com base no art. 105, do RITJSP[1], em razão do julgamento do Agravo de Instrumento nº 2050408-10.2013.8.26.0000, e que decidiu questão nos autos da desapropriação de imóvel localizado na altura do Km 77+900m da Rodovia Engenheiro Consta,

Acesso ao Sumário

1 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.

sob o número de matrícula 39.731.

Na verdade, as duas ações de desapropriação, tanto na que gerou a prevenção decorrente do Agravo de Instrumento nº 2050408-10.2013.8.26.0000, à C. 6ª Câmara de Direito Público, como n outra ação de desapropriação nº 1001911-12.2013.8.26.0281, distribuída livremente e posterior a desapropriação nº 1001913-79.2013.8.26.0281, o debate se deu em imóvel único e indivisível, contíguo e de matrícula distinta da primeira ação de desapropriação, decorrendo daí a conexão entre elas, o que deve ser reconhecida a fim de evitar decisões diversas para imóvel único, diverso apenas por suas matrículas.

Enfim, ações de desapropriação derivadas de causa comum, de imóvel contíguo, apenas com matrículas diversas devem ser reunidos para evitar julgamento contraditório.

Convém considerar os precedentes desta C. Turma Especial no seguinte sentido:

> ***CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ações que ostentam mesma causa de pedir remota. 1. Prevenção. Regimento Interno. O art. 105 do Regimento Interno não cuida da modificação de competência entre órgãos judiciários, mas da distribuição do serviço dentro de um mesmo órgão (o Tribunal); e estabelece a prevenção em termos mais amplos que a lei processual civil ou penal, cumprindo duas finalidades relevantes: contribui para a coerência dos julgamentos e facilita a análise da turma julgadora, já familiarizada com os fatos da causa. A disposição beneficia a câmara preventa, que recebe um processo sobre matéria conhecida ao invés de outro versando fato e direito novo, sem ofensa ao juiz natural estabelecido por sorteio por ocasião da primeira distribuição. É por isso que a prevenção deve ser vista com largueza e flexibilidade, pois atende ao interesse da jurisdição, do jurisdicionado e mesmo dos desembargadores que compõem o tribunal. 2. Prevenção. Ações com partes distintas. O art. 105 cuida da prevenção em termos mais amplos que a lei processual; estabelece que a prevenção alcança todos os recursos oriundos de causas derivadas do mesmo ato, fato, contrato ou relação jurídica, como é o caso dos autos. Ainda que as ações tenham partes e objetos distintos (uma é ajuizada pelos locadores e se-dizentes proprietários do imóvel, que buscam a anulação da desapropriação e o reconhecimento de sua propriedade; a outra é ajuizada pela locatária em face do município, com vistas à obtenção de licença de funcionamento), ambas ostentam a mesma causa de pedir remota (a propriedade do imóvel). São ações derivadas de uma causa comum (a desapropriação, o acréscimo na sentença da área remanescente, o desmembramento da matrícula originária nesse entremeio e a venda pelo expropriado do remanescente pelo qual acabou indenizado, a demora da administração***

na percepção e correção do ocorrido, o exercício pelo adquirente dos direitos dominais com a locação do imóvel e agora a anulação da própria desapropriação), braços de um mesmo corpo que justificam a análise, em uma visão ampla, pela mesma turma julgadora, ainda que ausente a possível contradição dos julgamentos. Conflito conhecido e julgado procedente, estabelecida a competência da 5ª Câmara de Direito. (Conflito de Competência nº 0001740-66.2018.8.26.0000, Rel. Des. TORRES DE CARVALHO, j. 13/04/2018).

Conflito procedente e competente a C. Câmara de Direito Público suscitada. Não há como preponderar a prevenção anotada pela C. Câmara suscitada (duas ações de desapropriação que decorrem do mesmo decreto expropriatório, ajuizadas em face da mesma empresa expropriada, tendo por objeto imóveis diversos, próximos um do outro). A semelhança entre as demandas não é elemento atrativo suficiente para a incidência do artigo 105 do Regimento Interno do E. TJSP. No presente caso o objeto das demandas expropriatórias são imóveis diversos com matrículas diversas, não sendo razoável vincular um órgão fracionário desta C. Corte a todas as demandas desapropriatórias referentes aos imóveis que serão desapropriados em virtude da mesma obra pública. Adotar tal solução implicaria em demasiada elasticidade ao comando regimental (art. 105 do RITJSP)

Precedentes desta C. Turma Especial. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA PROCEDENTE, COM FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA 10ª. CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO PARA APRECIAÇÃO DO RECURSO. (Conflito de Competência nº 0056102-52.2017.8.26.0000, Relatora Desembargadora FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA, j. 16/03/2018).

Desta forma, havendo conexão entre as desapropriações que debatem ato expropriatório de imóvel indivisível, relação causal entre a ações que evidencia a ocorrência de conexão[2] ou continência[3] entre elas, reputando-se preventa a C. 6ª Câmara de Direito Público, em razão do julgamento do Agravo de Instrumento nº 2050408-10.2013.8.26.0000, de Relatoria da Desembargadora Silvia Meirelles.

Ademais, deve-se levar em consideração de que tanto na conexão como na continência a reunião das ações tem por objetivo a decisão simultânea das ações (art. 57 e 58, do CPC/15)[4].

Acesso ao Sumário

2 Art. 103. Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir.

3 Art. 104. Dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras.

4 Art. 57. Quando houver continência e a ação continente tiver sido proposta anteriormente, no processo relativo à ação contida será proferida sentença sem resolução de mérito, caso contrário, as ações

Destarte, por não haver motivo para qualquer disceptação em relação ao entendimento e critérios de julgamento dos Conflitos de Competências acima considerados, cumpre definir a competência da C. 6ª Câmara de Direito Público.

Ante o exposto, juga-se procedente o conflito de competência, para o fim de reconhecer a competência da suscitante, C. 6ª Câmara de Direito Público.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0024599-76.2018.8.26.0000, da Comarca de Barra Bonita, em que é suscitante 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitado 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: Julgaram procedente o conflito. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.236)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDUARDO GOUVÊA (Presidente), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, TORRES DE CARVALHO, SIDNEY ROMANO DOS REIS, WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, FERMINO MAGNANI FILHO, LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, JARBAS GOMES, JOÃO NEGRINI FILHO, REBOUÇAS DE CARVALHO, EDSON FERREIRA, PAULO BARCELLOS GATTI, LUCIANA BRESCIANI, RAUL DE FELICE, FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA, ANTONIO CELSO FARIA e CARLOS MONNERAT.

São Paulo, 21 de agosto de 2018.

HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Feito distribuído originalmente à 9ª Câmara de Direito Público – Relatoria incumbida a magistrado ocupante do cargo de Juiz Substituto em Segundo Grau – Promoção superveniente para o posto de Desembargador – Sucessão da relatoria ao magistrado imediatamente desimpedido ocupante da cadeira anteriormente assistida – Entendimento

serão necessariamente reunidas.

Art. 58. A reunião das ações propostas em separado far-se-á no juízo prevento, onde serão decididas simultaneamente.

próprio segundo o qual caberia a redistribuição livre do feito entre todas as Câmaras de Direito Público, sob o fundamento de que o Juiz Substituto em Segundo Grau não ocupa cadeira própria na Câmara assistida – Irrelevância – É a distribuição à Câmara, e não a este ou aquele magistrado, que fixa a prevenção para julgamento da demanda – Precedentes – Competência da Câmara suscitada – CONFLITO PROCEDENTE.

VOTO

Trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra o Município de Igaraçu do Tietê, Hospital São Camilo de Lelis LTDA-ME, Carlos Augusto Gama, Osmar Nahas, Osmar Nahas Filho e Ricardo Verpa Costa da Silva.

Os pedidos foram julgados procedentes, nos termos da r. sentença de fls. 1774/1789. Da decisão, os réus interpuseram recursos às fls. 1793/1805; 1813/1846; 1848/1853; e o Ministério Público apresentou contrarrazões às fls. 1863/1874.

Os recursos foram inicialmente distribuídos à 9ª Câmara de Direito Público (fl. 1880), sob a relatoria do E. Des. José Maria Câmara Júnior, assistindo a Câmara, àquela época, como Juiz Substituto em Segundo Grau.

O Relator despachou nos autos (fls. 1925/1928) determinando o recolhimento da taxa judiciária referente ao preparo recursal.

Em virtude da promoção do magistrado Relator ao cargo de Desembargador deste Tribunal, o feito foi redistribuído à 9ª Câmara de Direito Público, por ordem da Presidência desta Seção de Direito Público (fls. 1963/1964), incumbindo a nova relatoria ao E. Des. Moreira de Carvalho (fl. 1966).

Por conseguinte, o recurso não foi conhecido (fls. 1975/1977v), sob o fundamento de que a distribuição inicial do feito a magistrado lotado como Juiz Substituto em Segundo Grau e que posteriormente é promovido para o cargo de Desembargador não torna a Câmara assistida preventa, pois, como o juiz assistente não ocupa nela uma cadeira própria, deve-se considerar que a assistência é prestada a toda a Seção de Direito Público. Determinou-se a redistribuição livre do feito entre todas as Câmaras de Direito Público.

Redistribuído à 13ª Câmara de Direito Público, sob a relatoria do E. Des. Antônio Tadeu Ottoni (fl. 1981), foi suscitado conflito negativo de competência (fls. 1988/1993), sob o fundamento de que a distribuição inicial a Juiz Substituto em Segundo Grau tem o efeito de tornar preventa a Câmara assistida.

É o relatório.

O conflito é procedente.

Acesso ao Sumário

De fato, há vasta jurisprudência desta Turma Especial no sentido de considerar como preventa a Câmara a que o feito foi inicialmente distribuído, ainda que o magistrado Relator, à época, ocupasse cargo de Juiz Substituto em Segundo Grau. Desta feita, caso o Relator deixe o posto, em virtude de promoção ao cargo de Desembargador, o feito deve ser redistribuído internamente à Câmara, incumbindo a nova relatoria àquele magistrado imediatamente desimpedido que ocupe a cadeira anteriormente assistida.

Não importa, no caso, que o Juiz Substituto em Segundo Grau não ocupe cadeira efetiva na Câmara em que assiste. A assistência é prestada à Câmara e é a distribuição ao colegiado, e não a este ou aquele magistrado, que estabelece a regra para definição da prevenção.

Neste sentido, cito os seguintes julgados, todos relativos a conflitos de competência envolvendo a 9ª Câmara de Direito Público:

> CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Apelação Entre 9ª (suscitante) e 6ª (suscitada) Câmaras de Direito Público. Conflito conhecido, sendo competente a C. Câmara de Direito Público suscitante (9ª. Câmara) Câmara suscitante sustenta que o julgamento do recurso de apelação em mandado de segurança anterior pela Turma Julgadora, em que o Relator sorteado era Juiz Substituto em Segundo Grau - não ocupante de cadeira própria, e posteriormente promovido ao cargo de Desembargador - não implica em prevenção daquela Câmara para o julgamento dos recursos apelação, referentes ao mesmo débito fiscal discutido naquele mandado de segurança, cabendo a redistribuição livre para outras Câmaras da Seção e não para os integrantes da Câmara suscitante. Prevenção do Órgão Fracionário – Reconhecimento de prevenção da Câmara à prevenção do magistrado. Prevenção da Colenda 9ª Câmara, à qual distribuído originalmente recurso anteriormente interposto relativo ao mesmo caso. Prevenção da Câmara que se sobrepõe à prevenção do magistrado, conforme as disposições do R.I.T.J.S.P. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA CONHECIDO, COM FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA COLENDA 9ª. CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO PARA APRECIAÇÃO DO RECURSO, POR MAIORIA DE VOTOS.
>
> (TJSP; Conflito de competência 0043539-26.2017.8.26.0000; Relator (a): Flora Maria Nesi Tossi Silva; Órgão Julgador: Turma Especial - Publico; Foro das Execuções Fiscais Estaduais - Vara das Execuções Fiscais Estaduais; Data do Julgamento: 10/11/2017; Data de Registro: 24/11/2017).
>
> Conflito negativo de Competência – Apelação em Mandado de Segurança distribuída inicialmente à c. 5ª Câmara de Direito Público, visando a

Acesso ao Sumário

anulação da 4ª Sessão Extraordinária da Câmara Municipal de Leme e a realização de nova votação – Apelação anterior distribuída à 9ª Câmara de Direito Público, interposta em ação cuja pretensão estaria diretamente relacionada ao objeto da presente demanda, sendo relator Juiz Substituto em Segundo Grau, auxiliar da Câmara, que não mais a integra por ter sido promovido a Desembargador – Prevenção da Câmara reconhecida – Art. 105 do Regimento Interno do Tribunal. No caso dos autos, o afastamento do Juiz Substituto em Segundo Grau não rompe a prevenção, posto que, nos termos do art. 105, 'caput' do Regimento Interno deste tribunal, a Câmara que primeiro conhecer de uma causa terá a competência preventa para os feitos originários conexos e para todos os recursos. Em outras palavras, a prevenção se refere ao órgão fracionário (Câmara) e não ao relator. Conheço do conflito, declarando competente a 9ª Câmara de Direito Público para conhecer e julgar o recurso.

(TJSP; Conflito de competência 0047586-43.2017.8.26.0000; Relator (a): Luiz Felipe Nogueira; Órgão Julgador: Turma Especial - Publico; Foro de Leme - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/11/2017; Data de Registro: 21/11/2017).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Apelação – Ação anulatória de multa administrativa, julgada procedente pelo Juízo de primeira instância – Apelação interposta pela Municipalidade de São Paulo – Recurso originalmente distribuído para a 8ª Câmara da Seção de Direito Público desta Corte, tendo o Relator declinado da competência, aduzindo estar preventa a 9ª Câmara de Direito Público, em virtude de magistrado, então integrante da mesma, ter julgado recurso de agravo de instrumento anteriormente interposto – Suscitado conflito negativo de competência por essa última Câmara – Aplicação, *in casu*, do disposto no art. 105, caput, do Regimento Interno desta Corte – Prevenção da Câmara que primeiro tomou conhecimento do feito, e não do magistrado promovido – Conflito de competência procedente, para fixar a competência da 9ª Câmara (suscitante) da Seção de Direito Público.

(TJSP; Conflito de competência 0041436-46.2017.8.26.0000; Relator (a): Wanderley José Federighi; Órgão Julgador: Turma Especial - Publico; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 9ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 10/11/2017; Data de Registro: 14/11/2017).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Décima Câmara de Direito Público declinou da competência para a Nona Câmara de Direito Público, que suscitou conflito negativo, por ter atuado como relator, em recurso anterior proveniente do mesmo processo, Juiz Substituto de Segundo Grau, depois promovido a desembargador. Saída do juiz substituto não rompe com a prevenção da Câmara ou Grupo em que auxiliou (Regimento

Acesso ao Sumário

Interno, artigo 105, § 1º), sendo que a regra de prevenção no tocante ao relator (artigo 105, § 3º) será conforme a cadeira a que estava vinculado o processo que motivou a prevenção (artigo 181, § 3º). Conflito julgado procedente, dando por competente a 9ª Câmara de Direito Público.

(TJSP; Conflito de competência 0034785-95.2017.8.26.0000; Relator (a): Edson Ferreira; Órgão Julgador: Turma Especial - Publico; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 14ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 04/08/2017; Data de Registro: 10/08/2017).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Prevenção gerada pelo julgamento de recurso anterior por Juiz Substituto em Segundo Grau que não mais integra a Câmara – Prevenção que é atribuída à Câmara ou Grupo – Inteligência do artigo 105 do Regimento Interno – Promoção que não faz cessar prevenção – Incidente acolhido, sendo declarada a competência da 9ª Câmara de Direito Público.

(TJSP; Conflito de competência 0033139-50.2017.8.26.0000; Relator (a): Fermino Magnani Filho; Órgão Julgador: Turma Especial - Publico; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 2ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 04/08/2017; Data de Registro: 07/08/2017).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – PREVENÇÃO RECURSAL. Conflito de competência suscitado pela C. 9ª Câmara de Direito Público, para o processamento e julgamento do recurso da apelação nº 1002041-66.2016.8.26.0452, em decorrência do não conhecimento do recurso pela C. 2ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça. Tese da Câmara suscitante de que o julgamento do recurso de agravo de instrumento pela Turma Julgadora, em que o relator sorteado era Juiz Substituto em Segundo Grau, não ocupante de cadeira própria e promovido ao cargo de Desembargador, não gera prevenção da Câmara para o julgamento da apelação, cabendo a redistribuição livre para outras Câmaras da Seção e não para os integrantes da Câmara suscitante. **Prevenção da Câmara que não se confunde com a do relator sorteado. O Órgão julgador de recurso no Tribunal é o fracionário, ou seja, a Turma Julgadora da Câmara, podendo estas duas últimas sofrer modificações naturais de sua composição, tais como promoção, remoção, aposentadoria, falecimento, afastamentos.** Competência da norma regimental de dispor sobre a matéria. **No caso, o artigo 105 do RITJSP dispõe que a Câmara ou Grupo que primeiro conhecer de uma causa, de qualquer incidente, fica preventa para todos os recursos da causa principal e de conexas. Promovido a desembargador o Juiz Substituto em Segundo Grau, e não sendo designado um substituto a sucedê-lo na vaga, os feitos devem ser redistribuídos entre os desembargadores da Câmara preventa, na forma do art. 72 e seu parágrafo único, com**

Acesso ao Sumário

compensação obrigatória da distribuição, na forma do art. 69 do RITJSP. Nesse sentido são os precedentes das Turmas Especiais de Direito Privado I, II e III. **Ainda que houvesse omissão no Regimento Interno quanto à prevenção da Câmara julgadora do incidente anterior para o julgamento dos demais recursos, é exclusiva a competência administrativa da Presidência da Seção (art. 45, II, do RITJSP), para determinar a redistribuição na forma por ela arbitrada no caso concreto, com observação da impositiva compensação**. Conflito conhecido, para declarar a competência da 9ª. Câmara de Direito Público suscitante.

(TJSP; Conflito de competência 0033547-41.2017.8.26.0000; Relator (a): Leonel Costa; Órgão Julgador: Turma Especial - Publico; Foro de Piraju - 1ª Vara; Data do Julgamento: 04/08/2017; Data de Registro: 07/08/2017) (grifei).

Pelo que, **JULGO PROCEDENTE o presente conflito de competência**, para declarar competente a Câmara suscitada (9ª Câmara de Direito Público) para o julgamento dos recursos interpostos nos autos.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1027530-12.2014.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que são embargantes THEREZINHA DE BONA, ANTONIO NOGUEIRA SILVA, JOAO LUIZ THIEGUE, CELSO POLI, JOSEFINA FUZARO DONATO, NELSON MANOEL RODRIGUES, MIGUEL PEDRO DE LOURENÇO, GINIRIA CEZAR DA SILVA, SONIA MARIA NEIFE CORREA e NADIR PIRES HERRERA, é embargado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Receberam os embargos. V.U." de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.085)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SOUZA NERY (Presidente), OSVALDO DE OLIVEIRA e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 5 de setembro de 2018.

SOUZA NERY, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. REVISÃO DE APELAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA E DE REEXAME NECESSÁRIO QUE INVERTEU O RESULTADO DO PRIMEIRO JULGAMENTO, FAVORECENDO OS AUTORES DA AÇÃO. REESTABELECIMENTO DA CONDENAÇÃO DA RÉ EM VERBA HONORÁRIA QUE HAVIA SIDO ESTIPULADA NA SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Se a revisão de apelação da Fazenda Pública e de reexame necessário inverteu o resultado do primeiro julgamento dos recursos, que dava provimento aos recursos, vindo a favorecer os autores da ação no sentido de confirmar a sentença de procedência da ação, deve ser restabelecida a condenação da ré a arcar com honorários advocatícios sucumbenciais. Reconhecida omissão a esse respeito, o dispositivo do acórdão embargado deve ser complementado no que diz respeito aos honorários advocatícios sucumbenciais. EMBARGOS ACOLHIDOS.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos por *NADIR PIRES HERRERA E OUTROS* contra o v. acórdão no qual a C. Turma Julgadora, ao revisar o julgamento do reexame necessário e da apelação da *FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO* , recursos que haviam sido interpostos contra a r. sentença de procedência da ação os embargantes moveram, afastando a prescrição do fundo do direito e decretando a procedência do pedido, nos seguintes termos constantes da ementa:

> *REVISÃO DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. FERROVIÁRIOS APOSENTADOS E PENSIONISTAS DA EXTINTA FEPASA*. Reajustes salariais pagos ao pessoal da ativa da CPTM no cumprimento de acordos coletivos de trabalho de 1999 (2%), 2000 (7%) e 2001 (8%). Reconhecimento da prescrição do fundo do direito pela Turma Julgadora do TJSP, reformando a sentença. Entretanto, a prescrição do fundo do direito foi afastada pelo E. STJ ao julgar o recurso especial dos autores. Análise do mérito da causa retomada pela turma julgadora. Decreto de procedência da ação. Os autores comprovaram os reajustes salariais apontados mediante certidões emitidas pela Administração. Cumpre

Acesso ao Sumário

observar, no entanto, que parte significativa das diferenças originadas dos reajustes foi prejudicada pela prescrição quinquenal, considerando que a demanda foi ajuizada em 04/07/2014. Harmonia do julgado com o entendimento adotado pelo E. STF no julgamento do RE nº 870.947/SE, Tema nº 810 de Repercussão Geral, no que diz respeito aos juros de mora e à correção monetária, que deve prevalecer sobre o posicionamento do E. STJ ao julgar o RESP nº 1.495.146/MG, Tema Nº 905 de Repercussão Geral, do que decorre ser adotado o IPCA-e no cálculo da correção monetária e os juros de mora da caderneta de poupança. *ACOLHIDA A REVISÃO DE APELAÇÃO E DE REEXAME NECESSÁRIO PARA AFASTAR A PRESCRIÇÃO DO FUNDO DO DIREITO E PROSSEGUIR NO EXAME DO MÉRITO DA CAUSA, CUJA CONCLUSÃO FOI DE JULGAR A AÇÃO PROCEDENTE, DO QUE DECORRE NEGAR-SE PROVIMENTO À APELAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA E AO REEXAME OFICIAL*.[1]

Os embargantes alegam que o acórdão é omisso com relação aos honorários advocatícios sucumbenciais.

É O RELATÓRIO.

Têm razão os embargantes.

Ao proceder na revisão do julgamento do reexame necessário e da apelação da Fazenda Estadual, este C. Colegiado inverteu o resultado do primeiro julgamento dos recursos – que lhes dava provimento, reformando a sentença de procedência da ação com o reconhecimento da prescrição do fundo do direito[2]–, vindo a favorecer os autores da ação ao restabelecer a sentença de procedência do pedido.

Se a sentença, por força da revisão do julgamento, passou a ser confirmada, deveria ter sido confirmada, também, a condenação da ré em honorários advocatícios, ônus sucumbenciais que na sentença foram arbitrados em 10% do valor da condenação.[3]

No entanto, o acórdão embargado foi omisso a esse respeito.

Reconhecida a omissão sobre o tema, cumpre afirmar que a ré é condenada em honorários advocatícios sucumbenciais de 10% do valor da condenação, restabelecendo-se os exatos critérios da sentença de procedência do pedido que restou confirmada. Mesmo porque, esse patamar se encontra dentro dos limites estabelecidos no inciso II do § 3º do artigo 85 do Código de Processo Civil, levando em conta o grau de zelo do profissional, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido pelo seu serviço, consoante os incisos I e IV do § 2º do mesmo artigo 85 do diploma processual.

1 Fls. 224-235, Reexame Necessário/Apelação nº 1027530-12.2014.8.26.0053, Voto nº 44.550 deste Relator, j. 05/07/2018.

2 Fls. 166-172, Reexame Necessário/Apelação nº 1027530-12.2014.8.26.0053, julgados em 10/04/2015 sob a relatoria do ilustre Des. VENÍCIO SALLES.

3 Fls. 123-125.

Ante o exposto, meu voto propõe sejam *ACOLHIDOS OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO*, complementando-se o dispositivo do acórdão embargado no que diz respeito aos honorários advocatícios sucumbenciais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1001621-07.2016.8.26.0082/50000, da Comarca de Boituva, em que é embargante INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, é embargada JOICEMAR AILD DA SILVA DO VALLE.

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 32.763)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ DE LORENZI (Presidente), JOÃO NEGRINI FILHO e VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO.

São Paulo, 1º de outubro 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.

Acesso ao Sumário

VOTO

O INSS opõe embargos de declaração ao Acórdão que deliberou pela procedência do pedido, com a consequente concessão de auxílio- acidente, na presente ação acidentária ajuizada por Joicemar Aild da Silva do Valle (Acórdão nas páginas 150/156).

Pugna o embargante, sob pretexto de 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 01/13).

É o relatório.

Passo a decidir.

Insiste o INSS no propósito de validar a almejada tese de se aplicar o 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 à ora embargada.

Reexamino o ponto.

Em que pese o entendimento lançado no Acórdão de minha lavra, aqui juntado nas páginas 150/156, 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 18.02.2016, 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

Acesso ao Sumário

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.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2129244-21.2018.8.26.0000, da Comarca de (...), em que é impetrante J. A. C. C., é impetrado M. J. DE D. DA V. DA F. P. DA C. DE (...).

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público 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 17.916)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENCINAS MANFRÉ (Presidente) e JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA.

São Paulo, 11 de setembro de 2018.

CAMARGO PEREIRA, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO JUDICIAL QUE DEFERIU REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO FEITO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, CONSISTENTE NA QUEBRA DO SIGILO TELEMÁTICO DAS CONTAS DE E-MAILS DO IMPETRANTE. POSSIBILIDADE.

1. Há nos autos fortes indícios de eventual prática de ato de improbidade administrativa pelo impetrante, motivo pelo qual não se verificou nenhuma ilegalidade material ou formal nos atos relativos aos procedimentos investigativos perpetrados pelo Ministério Público Estadual, bem como de ausência de fundamentação legal para a realização da quebra do sigilo telemático do impetrante.

2. Os direitos e garantias fundamentais não são absolutos, podendo ser relativizados, mediante a

Acesso ao Sumário

quebra do sigilo pela autoridade judicial, de modo a instruir procedimentos judiciais e administrativos, resguardando sempre o necessário sigilo.

3. A quebra do sigilo de uma pessoa deve ser medida de "ultima ratio", ou seja, somente será possível quando a prova não puder ser produzida por outro meio, como no presente caso.

4. Inexistência de ato abusivo ou ilegal em ofensa a direito líquido e certo. Decisão mantida.

Segurança denegada.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de mandado de segurança originário, com pedido de liminar, impetrado por J.A. C.C., prefeito do Município de (...), contra ato praticado pelo Exmo. Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública da Comarca de (...)/SP, (...) que deferiu requerimento administrativo feito pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, consistente na quebra do sigilo telemático das contas de e-mails do impetrante.

Afirma o impetrante, em síntese, que a quebra de sigilo telemático de suas contas de e-mails, deferida em sede de medida administrativa, traduz em manifesta ilegalidade e abuso de poder da autoridade coatora. Assevera ser inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas, mesmo assim, com finalidade única, ou seja, para fins de investigação criminal e/ou instrução processual penal, situação diversa da questão sob análise, que se trata de um requerimento administrativo. Alega também que o fundamento jurídico invocado pelo impetrado para deferir a quebra do sigilo telemático, qual seja, a Lei nº 12.965 /2015 (marco civil da internet), é inaplicável ao caso sob análise. Por fim, aduz também inexistência de elementos mínimos de verossimilhança para quebra do sigilo telemático de suas mensagens eletrônicas. Pugna, assim, pelo deferimento da liminar, para suspender a ordem de quebra de sigilo telemático levada a efeito pela autoridade coatora, até decisão final do *writ*, oficiando-se *in continenti* o GOOGLE INC. (Servidor de Gmail) e a Microsoft Informática Ltda. Subsidiariamente, na hipótese de entendimento diverso, pugna pelo deferimento da liminar para restringir a quebra do sigilo telemático a data dos fatos noticiados na representação administrativa que se referem ao período de tramitação dos procedimentos correcionais, de 09/05/2017 a 24/07/2017.

Processado o presente *mandamus* com o indeferimento do pedido liminar

Acesso ao Sumário

(fls. 554/571).

Informações da autoridade impetrada (fls. 574/578).

Sobreveio pedido de ingresso do Sr. G.P.B.A. como assistente do impetrante, bem como pedido de reconsideração da decisão de indeferimento da liminar (fls. 581/595). O pedido de assistência por deferido, porém não houve reconsideração da decisão que indeferiu a liminar (fls. 598).

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, opinando pela denegação da segurança (fls. 603/ 617).

É o Relatório.

Fundamento e voto.

É cediço que a concessão da segurança tem por pressuposto necessário a existência de um direito líquido e certo, ou seja, que pode ser demonstrado de plano, mediante prova pré-constituída, sem a necessidade de dilação probatória. Além do mais, para o cabimento do mandado de segurança, deve-se haver a perpetração de um ato ilegal ou com abuso de poder por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Considerando que, no presente caso, o impetrante não comprovou com documentos o direito líquido e certo, bem como a existência de um ato ilegal ou o abuso de poder, a denegação da ordem é de rigor.

A autoridade apontada como coatora, ao deferir a quebra do sigilo telemático dos e-mails do impetrante, fundamentou-se do seguinte modo:

"Cuida-se de pedido formulado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO de deferimento de ordem judicial para a quebra do sigilo telemático de T.R.G.P., J.A.C.C. e G.P.B.A., todos devidamente qualificados nos autos (fls. 02/12).

Com a inicial, há farta documentação (fls. 13/226).

A Lei nº. 12.965/2015 estabelece os princípios, as garantias, os direitos e os deveres para o uso da "Internet" no Brasil.

Ao disciplinar a requisição judicial de registros, dispõe o seu artigo 22: ***"a parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet".***

Estabelece ainda o parágrafo único da regra em destaque: ***"sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade: I - fundados indícios da ocorrência do ilícito; II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e III - período ao qual se referem os registros".***

Identificados os requisitos legais para o deferimento da medida,

Acesso ao Sumário

como se demonstrará, o seu acolhimento é o que se impõe, mas em extensão menor que a postulada na inicial.

Em consonância com o que dispõe o art. 240 do Código de Processo Penal, o colendo Supremo Tribunal Federal, em caso análogo ao presente, decidiu pela "(...) legalidade da medida cautelar de busca e apreensão quando imprescindíveis às investigações e condicionadas à existência de elementos concretos que justifiquem sua necessidade e à autorização judicial" (STF, RHC 117039, Relator: Min. ROSA WEBER, j. 12/11/2013).

A medida requerida pelo autor é de ser deferida por meio de decisão fundamentada e com a demonstração concreta da sua imprescindibilidade, como é próprio de medidas acautelatórias, sem a qual a investigação adequada resta infrutífera, designadamente pela falta de outros meios à disposição da parte para apurar a ocorrência de supostos ilícitos.

O colendo Supremo Tribunal Federal manifesta-se expressamente pela constitucionalidade/legalidade de medidas cautelares de afastamento de sigilo telemático e de dados quando sejam necessárias às investigações e desde que condicionadas sejam à existência de elementos concretos que justifiquem sua necessidade e à autorização judicial.

É a hipótese dos autos.

Decidem as Cortes Superiores em situações análogas à presente:

"(...) Não se verifica, no caso, qualquer ilicitude na quebra dos sigilos bancário e fiscal do ora paciente, haja vista que tais medidas foram regularmente deferidas pela autoridade judicial competente. 'É lícita a utilização de informações obtidas por intermédio de interceptação telefônica para se apurar delito diverso daquele que deu ensejo a essa diligência, (...) sendo incontestável o reconhecimento da licitude da prova encontrada quando o fato desvelado fortuitamente se encontre entre os chamados 'crimes de catálogo' - isto é, entre aqueles para a investigação dos quais se permite autorizar a interceptação telefônica', o que efetivamente é o caso dos autos (AI 761.706/SP, rel. min. CÁRMEN LÚCIA, DJE nº 161, divulgado em 26.08.2009). Ordem denegada." (HC 100524, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, 2ª Turma, DJe 25.5.2012) .

"(...) 1. Caso concreto em que o 'Parquet' solicita administrativamente a quebra de sigilo bancário no âmbito de procedimento investigatório ministerial. Após negativa do juízo de 1º grau, o Ministério Público impetrou Mandado de Segurança, do qual o Tribunal de origem não conheceu, sob o fundamento de que o meio de impugnação cabível é o Agravo de Instrumento. 2. Nem toda decisão proferida por magistrado possui natureza jurisdicional, a exemplo da decisão que decreta intervenção em casa prisional ou afastamento de titular de serventia para fins de instrução disciplinar. 3. O Conselho Nacional de Justiça regulamentou os procedimentos administrativos de quebra de sigilo das comunicações (Resoluções 59/2008 e 84/2009). (...)"(STF, RMS 31.362/

Acesso ao Sumário

GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, j. 17/08/2010, DJe 16/09/2010)

"(...) O Ministério Público possui legitimidade para requerer ao Poder Judiciário a quebra de sigilo bancário, uma vez que a ordem jurídica, conforme se extrai dos arts. 129, incisos VI e VIII, da Constituição Federal, e 8 º , incisos II e IV, e § 2 º, da Lei Complementar nº 75/1993, confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público. (...) (STJ, Quinta Turma, RMS n. 17 . 649 / MT, relatora MINISTRA LAURITA VAZ, DJ de 2.8.2004.)

A medida postulada é necessária diante da inexistência de poderes expressamente deferidos pela Carta Constitucional para que, no curso de investigações que conduz, requisite ou determine diretamente a providência ora examinada, como decide o colendo Supremo Tribunal Federal:

"(...) Remanesce a questão afeta à possibilidade de o Ministério Público promover procedimento administrativo de cunho investigatório e o possível malferimento da norma contida no art. 144, § 1º, I e IV, da Constituição Federal. (...) A denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do MPF sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o Código de Processo Penal. Não há óbice a que o Ministério Público requisite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal, mormente em casos graves como o presente que envolvem altas somas em dinheiro movimentadas em contas bancárias. (...) (RE 535478, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, j. 28/10/2008).

Diante da sustentação jurídica da ordem, certo é que os elementos carreados de natureza documental estão satisfatoriamente evidenciados pelos fartos elementos documentais que a acompanha.

O autor refere que se noticiou pela imprensa local a prática de fatos graves, os quais acarretaram o afastamento temporário do Prefeito Municipal de suas funções por ato da Câmara de Vereadores.

Os ora requeridos Prefeito Municipal e o então Corregedor-Geral de (...) teriam agido de modo defender os interesses e os direitos da requerida, então secretária do primeiro, a qual fora nomeada para exercer cargo em comissão.

Teriam agido supostamente com o objeto de impedir a investigação a apurar a imputação de uso de diploma falso, do qual se teria feito uso para a comprovação do preenchimento de grau escolar suficiente para o exercício do cargo público.

Para que fosse averiguados tais fatos, os documentos que acompanham a inicial revelam que a Corregedoria-Geral do Município de (...) fez instaurar Processo Administrativo nº (...) (no qual se processou Averiguação Preliminar nº (...)) , por determinação do Secretário do

Acesso ao Sumário

Gabinete Central.

Informa o autor que o procedimento em questão veio a ser arquivados em 11 de maio de 2017 por ordem do Secretário do Gabinete Central, em virtude do acolhimento de pleito de que não haveria suporte mínimo para o acolhimento dos fatos e para o reconhecimento de ilicitude ou desrespeito aos princípios regentes da Administração Pública, estabelecidos no "caput" do art. 37 da Constituição Federal em vigor.

Diante do que se apurou, não houve a apresentação da prova comprobatória da escolaridade de sobredita requerida (diploma de ensino médio), razão pela qual a realidade dos fatos não veio à tona com a transparência e com a identificação precisa de lisura de conduta que se há de exigir daquele que põe a exercer as funções próprias de administrador público.

O autor observa ter havido irregularidade no açodado comportamento dos requeridos. De modo especialmente célere, em 72 h, diz, pôs termo à investigação o quanto relatado.

Não se houve apuração, acentua, com a necessária profundidade e extensão, dispensando-se a apresentação do documento comprobatório de sua escolaridade.

Esse documento, dada a natureza do excepcional provimento de cargo público em comissão, no seu argumentar, é essencial para o seu preenchimento. Foi acolhida, acentua o postulante, sem a necessária apuração, a justificativa do então Corregedor-Geral de (...) de que se tratava de "denúncia" desprovida sem verossimilhança.

A testemunha ouvida pelo requerente, consoante informa a prova documental que fez instrui, observa que especificamente à espécie, o procedimento revestiu-se de anormalidade, desviando-se do padrão de apuração adequado.

É que, conquanto sob os seus cuidados, foi dela retirado por ato do requerido então Corregedor-Geral de (...), vindo ele a diretamente elaborar o relatório de arquivamento, o que não lhe era praxe assim proceder.

Na Câmara Municipal de (...), foi instalada CPI, tendo a havido deliberação, pela comissão processante, de perda do mandato pelo requerido Prefeito Municipal, por suposta prática de prevaricação, com posterior retorno ao exercício de cargo por decisão judicial.

Nesse cenário, na Promotoria de Justiça, houve a instauração de inquérito civil para apurar a prática de infração penal ou político-administrativa consistente em obstaculizar, ainda que indiretamente, a adequada apuração e a investigação dos fatos.

Observa o requerente, ademais disso, que a Vice-Prefeita teria feito consignar que ouviu que os requeridos entabularam o arquivamento do caso sem atender às exigências de apuração adequada.

Acesso ao Sumário

Todos os fatos acima descritos não são acolhidos em sua plenitude nesse momento como se verdadeiros.

A análise que se realiza é de mera pertinência e razoabilidade da postulação instrutória.

Os fatos devem se submeter ao crivo do princípio do devido processo legal, notadamente sob a vertente dos princípios dele corolários do contraditório e da ampla defesa, se e quando se estiver em regular apuração.

Significa dizer, a análise judicial que ora se realiza é adstrita ao preenchimento dos requisitos acautelatórios apontados nos incisos do parágrafo único do art. 22 da Lei Federal nº 12.965/14.

Nada mais.

Diante desse contexto, é certo que a medida, meramente preparatória, deve realmente ser deferida, porque preenchidos os requisitos das providências acautelatórias e porque já esgotados os meios de investigação postos pelo sistema jurídico à disposição do autor.

A quebra da proteção às comunicações telemáticas é necessária, o que consubstancia mera autorização judicial, com a especial pertinência de utilidade da medida pela usual e célere comunicação dos requeridos por meio de mensagens eletrônicas de texto.

Recomendam as exigências do Princípio Republicano e do Estado Social de Direito que a autorização postulada seja deferida, sob pena de frustração de investigações pelo Ministério Público de São Paulo.

Trata-se de garantir, em suma, a realização dos meios de investigação próprios de inquérito civil instaurado, o qual conta com expressa previsão constitucional, vocacionado a averiguar a suposta prática de ato ilícito pelos requeridos.

Como é de conhecimento geral, os princípios e direitos fundamentais não podem jamais ser considerados absolutos, mas, à vista da técnica da ponderação e das exigências da razoabilidade e proporcionalidade, devem ser sopesados pelo Estado-Juiz diante dos elementos de fato trazidos a exame judicial.

A proteção jurídica do sigilo de correspondência estabelecida no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal não é absoluta, portanto, uma vez que o direito fundamental de inviolabilidade da vida privada (inclusive digital) pode vir a sofrer limitações, fundamentalmente, se e quando houver indícios da prática de ato revestido de ilegalidade.

É dever do Magistrado, valendo-se da prudência que é própria do exercício da função jurisdicional, deferir medidas que concretamente visem a garantia da efetividade do legítimo exercício de direitos amparados por mandamento constitucional.

Impende salientar, ademais disso, que o colendo Supremo Tribunal Federal decidiu, por ocasião do julgamento da ADI 4263, ser constitucional

a Resolução nº 36/2009 do Conselho Nacional do Ministério Público, a qual autoriza aos membros do Ministério Público acessar contatos telefônicos e endereços eletrônicos mediante autorização judicial.

A quebra de sigilo telemático insere-se, portanto, no rol de providências de investigação dependentes de ordem judicial, as quais podem vir a servir para estribar eventual processo judicial de natureza cível, criminal ou improbidade administrativa.

A providência que ora se defere deve circunscrever-se à comunicação concretamente estabelecida entre dois ou três dos ora requeridos (e às mensagens nas quais se conste, no todo ou em parte, o nome dos envolvidos em seu título ou no seu teor corpo do texto).

ROBERT ALEXY ensina que a Lei da ponderação exige que o raciocínio do intérprete em situações tais como a dos autos percorra uma via de três referências.

No primeiro momento, o intérprete deve sopesar a intensidade (grau) da intervenção.

No segundo momento, deve saber a importância dos fundamentos que justificam a intervenção no direito fundamental.

E no terceiro momento, deve realizar o que refere como a "ponderação em sentido específico e estrito" (ALEXY, Robert. ***Colisão e ponderação de interesses como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais****. Fundação Casa de Rui Barbosa: Rio de Janeiro, 1998).*

Essa "ponderação em sentido específico e estrito" exige que o Estado-Juiz concretamente preserve o núcleo essencial dos direitos fundamentais em conflito.

Deve, portanto, agir de modo a causar o menor sacrifício possível àquele direito fundamental que deve ceder nas circunstâncias concretas do fato. A razoabilidade e a máxima proteção (possível) à concretização (realização) de ambos os direitos fundamentais em disputa deve ser o norte do julgador.

Assim se deve agir de modo a garantir a proporcionalidade em sentido estrito, protegendo os direitos fundamentais de vida íntima, vida privada, honra, de tutela de relações pessoais e familiares e demais direitos cujo conhecimento é de ser reservado, em atenção ao critério de menor sacrifício dos direitos fundamentais em colisão.

Diante do exposto*, preenchidos os requisitos legais,* ***DEFIRO*** *o pedido inicial, na extensão mais restrita que a postulada pela parte, nos termos a seguir explicitados.*

1. . Determino que Google Inc. (servidor de Gmail) forneça ao autor todas as mensagens eletrônicas existentes na caixa de mensagens dos endereços eletrônicos (...), (...) e (...), tal qual especificados a fls. 11 dos autos, ***especificamente no que diz respeito à troca de informações e mensagens entre T.R.G.P., J.A.C.C. e G.P.B.A.***

Acesso ao Sumário

A ordem judicial circunscreve-se à comunicação estabelecida entre dois ou três dos ora requeridos (e às mensagens nas quais se conste, no todo ou em parte, o nome dos envolvidos em seu título ou no seu teor corpo do texto).

2. Determino que Microsoft Informática Ltda. (titular de hotmail-messenger) forneça ao autor todas as mensagens eletrônicas existentes na caixa de mensagens do endereço eletrônico (...), tal qual especificados a fls. 11 dos autos, ***especificamente no que diz respeito à troca de mensagens entre T.R.G.P., J.A.C.C. e G.P.B.A.***

A ordem judicial circunscreve-se à comunicação estabelecida entre dois ou três dos ora requeridos (e às mensagens nas quais se conste, no todo ou em parte, o nome dos envolvidos em seu título ou no seu teor corpo do texto).

Concedo para tanto o prazo de cinco dias úteis, a contar da intimação da presente, sob pena de multa diária de trinta mil reais, limitados a quinhentos mil reais, corrigidos.

Devem Microsoft Informática Ltda. e Google Inc. enviar para o autor, por meio eletrônico ou por mídia digital, as mensagens eletrônicas arquivadas no servidor da empresa provedora e existentes na caixa de mensagens (enviadas, recebidas, lixeira, apagadas, rascunho e outras porventura criadas pelo usuário) das contas mencionadas, observados os critérios acima estabelecidos, referentes ao período de 1º de janeiro de 2017 até a data de cumprimento desta ordem no próximo expediente.

As informações devem ser disponibilizadas diretamente à 15º Promotoria de Justiça Cível de (...) do Ministério Público do Estado de São Paulo, por meio eletrônico ou mídia digital.

Determino que a serventia observe o que estabelece o artigo 23 do Marco Civil da "internet" para garantia do sigilo de informações e proteção dos direitos da personalidade de privacidade, honra e imagem.

Sendo assim, para proteção do direito da personalidade dos envolvidos, em se tratando de proteção de dados, bem como para garantir a eficiência no procedimento que ora se defere, ***DECRETO O SIGILO****.*

Determino que doravante o cumprimento das ordens judiciais decorrentes do deferimento da medida sejam realizadas exclusivamente pela Diretora de Serviços, e, se necessário, por Oficial de Justiça expressamente advertido a respeito do sigilo e da proteção dos direitos em questão, sob pena de responsabilidade funcional."

Acesso ao Sumário

A decisão combatida está bem fundamentada e as alegações aqui trazidas pelo impetrante não são suficientes para aquilatá-la de vício.

Verifica-se que o Ministério Público Estadual requereu autorização judicial para quebra do sigilo telemático do prefeito do Município de (...), J.A.C.C., ora impetrante; de T.R.G.P., Assessora do Gabinete à época; e de G.P.B.A., Corregedor-Geral do Município à época, hoje Secretário de Assuntos Jurídicos

e Patrimoniais, para investigação de suposto ato de improbidade administrativa, uma vez que o impetrante, atuando juntamente com seu então Corregedor Geral, G.P.B.A., teriam, em tese, agido de modo a defender os interesses de T.R.G.P., sua secretária pessoal, nomeada em comissão, impedindo que se realizasse investigação para a apuração de imputação que sobre ela pendia, relativa à eventual utilização de diploma ideologicamente falso para a comprovação de requisito de escolaridade para acesso ao cargo.

Relatou o *parquet* que a Corregedoria Geral do Município instaurou Processo Administrativo nº (...) em que se processou a Averiguação Preliminar n. (...), por determinação do Senhor Secretário do Gabinete Central para averiguação da notícia de que T.P. não teria qualificação necessária para o cargo.

Contudo, o processo administrativo foi rapidamente arquivado em 11/05/2017, por ordem do Senhor Secretário do Gabinete Central, após acolhimento de recomendação, pois se considerou a denúncia sem suporte.

De acordo com o que asseverou o Ministério Público Estadual, não se deu a devida investigação com o intuito de não trazer o diploma de ensino médio, o qual evidenciava claramente as irregularidades, demonstrando um agir para se ocultar esta situação dentro da administração pública, motivo pelo qual o procedimento administrativo foi rapidamente arquivado (em 3 dias).

Ainda, de acordo com o Ministério Público Estadual, a vice-prefeita J.C., conhecedora da situação, decidiu por continuar, por si, as investigações, tendo levantado documentos comprovando a falsidade do diploma.

Segundo relata o órgão ministerial, foi em razão dessa atuação escorreita da vice-prefeita, que levou à crise política local inédita e queda do prefeito (o mandato foi recuperado judicialmente por supostos vícios no procedimento), já que este acabou transtornado com a situação. Após o escândalo, a investigação administrativa foi reaberta, a falsidade foi demonstrada, motivo pelo qual T.P. foi exonerada, com repercussão, inclusive, na esfera penal, estando T.P. respondendo pelo crime de falso.

Diante de tais informações, há fortes indícios de eventual prática de ato de improbidade administrativa pelo impetrante, motivo pelo qual não se verificou nenhuma ilegalidade material ou formal nos atos relativos aos procedimentos investigativos perpetrados pelo Ministério Público Estadual, bem como de ausência de fundamentação legal para a realização da quebra do sigilo telemático do impetrante.

Inferem-se dos incisos III e VIII, do artigo 129 da Constituição Federal que, dentre as atribuições institucionais do Ministério Público, está justamente a possibilidade de requisição de diligências investigatórias.

É sabido que em pedidos que contemplem restrição a direito fundamental, como é o caso da quebra de sigilo telemático de correspondências eletrônicas, há

Acesso ao Sumário

a necessidade de intervenção judicial, como devidamente ocorreu no presente caso.

Também é de sabença geral que os direitos e garantias fundamentais não são absolutos, podendo ser relativizados, mediante a quebra do sigilo pela autoridade judicial, de modo a instruir procedimentos judiciais e administrativos, resguardando sempre o necessário sigilo.

O parágrafo 2º, do artigo 8º, da Lei Complementar nº 75/ 93 (dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União), que se aplica de forma subsidiária aos Ministérios Públicos Estaduais, estabelece que *"nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido."*

Nesse sentido, necessário se faz trazer à colação precedente do Superior Tribunal de Justiça que, apesar de se tratar exclusivamente de quebra de sigilo bancário, aplicável ao presente caso:

> *"RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. DIREITO NÃO ABSOLUTO. PRECEDENTES. NECESSIDADE DA MEDIDA SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADA NA DECISÃO. REQUISIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE.*
>
> *1. . A inviolabilidade do sigilo bancário não é absoluta, podendo ser quebrantado em casos excepcionais, quando presentes circunstâncias que denotem a existência de interesse público relevante ou de elementos aptos a indicar a possibilidade de prática delituosa, através de decisão devidamente fundamentada. Precedentes do STJ.*
>
> *2. Na presente hipótese, a decisão que determinou a quebra do sigilo bancário, encontra-se suficientemente fundamentada, porquanto demonstrou a necessidade da medida, em face da existência de indícios idôneos, reveladores de possível autoria de prática delituosa, além, ainda, de efetivar a individualização do investigado, bem como do objeto da investigação.*
>
> *3. O Ministério Público possui legitimidade para requerer ao Poder Judiciário a quebra de sigilo bancário, uma vez que a ordem jurídica, conforme se extrai dos arts. 129, incisos VI e VIII, da Constituição Federal, e 8º, incisos II e IV, e § 2 º, da Lei Complementar nº 75/1993, confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público.*
>
> *4. Recurso desprovido."*
>
> (Recurso Ordinário em MS Nº 17.649 - MT (2003/0229848-6) - Relatora: Ministra Laurita Vaz – Quinta Turma – Data do Julgamento: 17 de junho de 2004).

A quebra do sigilo de uma pessoa deve ser medida de "ultima ratio", ou seja, somente será possível quando a prova não puder ser produzida por outro meio. Se for possível alcançar elementos informativos por outro meio, não

haverá razão para quebra do sigilo. Portanto, no presente caso, cabível a quebra do sigilo telemático do impetrante, porquanto os demais meios de prova não se mostram suficientes para a averiguação de um eventual ato ímprobo.

Ademais, a jurisprudência vem decidindo pela viabilidade da quebra do sigilo desde que haja uma decisão judicial fundamentada a respeito. No presente caso, a decisão da autoridade apontada como coatora está devidamente fundamentada, porquanto leva em conta os elementos de provas já colhidos pelo Ministério Público Estadual, que trazem fortes indícios da prática de ato de improbidade administrativa.

Ressalte-se que a quebra do sigilo telemático e a utilização dos dados no presente caso, destinam-se exclusivamente para as investigações das informações mencionadas nestes autos, resguardando-se o caráter sigiloso das informações, sob pena, inclusive, de responsabilização civil ou penal do órgão do Ministério Público Estadual.

O pedido subsidiário de restrição da quebra do sigilo telemático também não comporta acolhimento, devendo prevalecer a decisão que devidamente estabeleceu o período de 1º de janeiro de 2017 (pouco antes dos fatos virem a público), até o dia de cumprimento da decisão proferida pela autoridade apontada como coatora.

A questão também foi muito bem equacionada pelo robusto parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, merecendo destaque os seguintes pontos:

> *"De início, temos que o nosso sistema constitucional não prevê a existência de direitos ou garantias de caráter absoluto. Se, por um lado existe o direito à privacidade (art. 5ª, X, da Carta Magna), por outro, alguém pode ser privado dela, desde que obedecido o devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição Federal).*
>
> *(...)*
>
> *No caso em exame é necessário sopesar os interesses em jogo, o individual de um lado e o coletivo de outro, devendo preponderar este último, até porque o legislador constitucional optou pela proteção da res publica e da moralidade administrativa.*
>
> *Por outro lado, inegável que o Ministério Público é uma das autoridades competentes para investigar e perseguir em juízo a punição dos responsáveis pela malversação do dinheiro público.*
>
> *A leitura dos autos demonstra que o Ministério Público requereu autorização judicial para quebra de sigilo telemático do impetrante, demonstrou a existência de fortes indícios de eventual prática de ato de improbidade administrativa, tem poder de requisição, conforme artigo 129, III e VIII, da Constituição Federal, agindo, portanto, conforme determinado em lei.*
>
> *(...)*

Acesso ao Sumário

Quanto à aplicação da Lei 12.965/2015, de rigor, uma vez que é ela que estabelece os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

Demonstrou-se, conforme exigido pela lei, a existência de fundados indícios da ocorrência do ilícito, bem como justificou-se motivadamente a utilidade das informações na investigação que vem sendo levada a cabo pelo Ministério Público.

(...)

No que concerne à vista do conteúdo das comunicações, com a devida vênia, a irresignação do impetrante não procede. Não seria lógico obter o registro sem acesso ao conteúdo, uma vez que é este que servirá para formar o conjunto probatório pretendido pelo Ministério Público.

Quanto à alegada usurpação de competência, de se observar que o pedido de quebra de sigilo se deu em investigação civil que apura a prática de ato de improbidade e não a de crime comum, como quer fazer crer o impetrante. A quebra do sigilo telemático servirá para fortalecer a prova já produzida no inquérito civil, repita-se, e poderá servir de base a eventual ajuizamento de ação civil pública fundamentada na Lei n. 8.429/92.

Ressalte-se aqui que a investigação para apuração de ato de improbidade não se confunde com a investigação criminal para a apuração de eventual infração penal cometida pelo impetrante que vem sendo realizada em sede própria.

Ressalte-se, também, que não cabe em mandado de segurança, dilação probatória, como pretende o impetrante, ou seja, a falsidade ou não do diploma apresentado por T.R.G.P. não há que ser decidida em mandado de segurança. Observa-se aqui que o fulcro da questão não é apenas se o diploma é falso ou deixa de ser, mas também, e principalmente, se houve conluio para encerrar a investigação instaurada, sem que fosse devidamente instruída, visando a proteger terceiro."

Portanto, considerando a inexistência de direito líquido e certo a ser amparado pelo presente *mandamus*, assim como de um ato ilegal ou o abusivo, o caso é de denegação da segurança.

Diante do exposto, pelo meu voto, denego a segurança pleiteada.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Execução Penal nº 7006900-93.2017.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é agravante ANTONIEL DA LUZ SANTOS, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO ao recurso para determinar a remissão pela leitura a que o reeducando faz jus, nos termos do artigo 126, da Lei de Execução Penal e da Recomendação nº 44/2013, do Conselho Nacional de Justiça. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.239)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANGÉLICA DE ALMEIDA (Presidente) e JOÃO MORENGHI.

São Paulo, 15 de agosto de 2018.

AMABLE LOPEZ SOTO, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. REMISSÃO DE PENA PELA LEITURA DE OBRAS LITERÁRIAS E CONFECÇÃO DE RESENHAS CRÍTICAS. POSSIBILIDADE. PORTARIA CONJUNTA N. 276/2012 DA CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA FEDERAL E DO DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. RECOMENDAÇÃO N. 44/2013 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. PRECEDENTE. RECURSO PROVIDO.

VOTO

ANTONIEL DA LUZ SANTOS propôs o presente agravo na execução penal nº 1.007.468 em face da decisão do MM. Juiz da 2ª Vara das Execuções Criminais da Comarca de Presidente Prudente, que negou o benefício da remição de pena pela leitura de obra literária e respectiva resenha ao reeducando (fl. 28).

Acesso ao Sumário

Busca o agravante a reforma da r. decisão, para que seja reconhecida a legalidade da remição pela leitura, nos termos do artigo 126 da LEP e Resolução 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça (fls. 31/33).

Oferecida contraminuta ao agravo (fls. 35/41), mantida a decisão agravada (fl. 42), a d. Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do agravo (fl. 46/48).

É o relatório.

Segundo informações constantes nos autos, Antoniel efetuou, de forma voluntária, a leitura das obras "A Moreninha", de Joaquim M. de Macedo e "Olhai os lírios do campo", de Érico Veríssimo, confeccionando as resenhas críticas acerca dos livros (fls. 3/4 e 18/19). Esses textos foram analisados pela Comissão de Avaliação da Penitenciária de Irapuru, que foi favorável à concessão da remição pela leitura, recebendo notas 8,5 (oito e meio) e 9,0 (nove), respectivamente, na análise das resenhas, feita pela diretora da Faculdade de Junqueirópolis (fls. 05 e 20).

Pleiteado o benefício da comutação de penas junto ao juízo de origem, o d. Magistrado indeferiu o pleito por entender que leitura de obra literária, ainda que com feitura de resenha, não pode ser considerada como estudo e não encontra correspondência ao disposto no artigo 126, § 1º, inciso I, da LEP.

O recurso deve ser provido.

Isto porque, ainda que o artigo 126, da Lei de Execução Penal não disponha expressamente sobre a remição pela leitura, é certo que a Portaria Conjunta nº 276/2012, da Corregedoria-Geral de Justiça Federal e do Departamento Penitenciário Nacional, instituiu e regulamentou, no âmbito do sistema penitenciário federal, o "Projeto da Remição pela Leitura".

No mesmo sentido, o Conselho Nacional de Justiça, editou a Recomendação nº 44/2013, buscando "estimular, no âmbito das unidades prisionais estaduais e federais, como forma de atividade complementar, a remição pela leitura (...)", estabelecendo as diretrizes necessárias.

Assim, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> "(...) II. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça tem admitido que a norma do art. 126 da LEP, ao possibilitar a abreviação da pena, tem por objetivo a ressocialização do condenado, sendo possível o uso da analogia in bonam partem, que admita o benefício em comento em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal, como no caso, a leitura e resenha de livros, nos termos da Recomendação n. 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça. III - O fato de o estabelecimento penal onde se encontra o paciente assegurar acesso a atividades laborais e à educação formal, não impede que se obtenha também a remição pela leitura, que é atividade complementar, mas não subsidiária, podendo

Acesso ao Sumário

ocorrer concomitantemente, havendo compatibilidade de horários (...)" (STJ, HC 353.689-SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 01.08.2016).

Diante desse entendimento, e satisfeitos os requisitos necessários, de rigor a concessão do benefício requerido.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso para determinar a remissão pela leitura a que o reeducando faz jus, nos termos do artigo 126, da Lei de Execução Penal e da Recomendação nº 44/2013, do Conselho Nacional de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de Agravo em Execução Penal nº 9000261-47.2018.8.26.0625, da Comarca de Taubaté, em que é agravante AGUINALDO JANUARIO DOS SANTOS JUNIOR, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U." de conformidade com o voto de Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.956)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente), EUVALDO CHAIB e CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 9 de outubro de 2018.

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

Ementa: Agravo em execução. Indeferimento de pleito de comutação, formulado com base no Decreto Presidencial nº 9.246/2017. Inconformismo do sentenciado. Cumprimento dos requisitos objetivo e subjetivo constantes do Decreto invocado. Prática de falta grave que não interrompe o lapso temporal necessário para a concessão de indulto ou comutação de penas (Súm. nº 535 do C. STJ). Inexistência de faltas graves cometidas no prazo de doze meses anteriores à publicação do Decreto. Agravo provido.

VOTO

Visto.

Acesso ao Sumário

Agravo tirado de autos de execução de penas do sentenciado **Aguinaldo Januario dos Santos Junior**, condenado às penas de ***30 anos, 4 meses e 26 dias de reclusão*** (*regime fechado*), pela prática da infração penal capitulada no artigo 157, § 2º, I e II, do Código Penal (*roubo qualificado por emprego de arma e concurso de agentes*), por cinco vezes, contra r. decisão de *f. 15*, que desacolheu o pedido de comutação, por entender ausentes os requisitos objetivo e subjetivo.

Vem o inconformismo recursal (*f. 20/21*), buscando a reforma do decisório, contraminuta anotada (f. 24/28), mantida ao depois a respeitável decisão atacada (*f. 29*).

Autos distribuídos (*f. 39*), foram imediatamente encaminhados à douta Procuradoria de Justiça que, após vista regular, concluiu, em parecer respeitável, pelo improvimento do recurso (*f. 40/41*), chegando o feito ao Gabinete do Relator, finalmente, aos ***31.ago.2018*** *– f. 42.*

É o relatório.

Com razão o recorrente.

"*Data venia*" do entendimento registrado pelo d. Juízo das Execuções.

O sentenciado, reincidente, cumpre penas totais de ***30 anos, 4 meses e 26 dias de reclusão*** (*regime fechado*), pela prática da infração penal capitulada no artigo 157, § 2º, I e II, do Código Penal (*roubo qualificado por emprego de arma e concurso de agentes*), por cinco vezes.

Postulou pela concessão de comutação de penas, com base no art. 7º do Decreto Presidencial nº 9.246/2017.

O pedido foi indeferido, entendendo-se descumpridos o requisito objetivo e subjetivo exigidos para a concessão da benesse.

Em ***boa hora*** a irresignação recursal, entretanto. Mais uma vez, respeitosamente.

Isto porque se verificam efetivamente **preenchidos os requisitos** – *objetivo e subjetivo* – necessários à comutação.

Quanto ao requisito ***objetivo***, anota-se o cumprimento da fração de ***1/3*** das penas, exigida pelo art. 7º, "*b*", do Decreto aos presos reincidentes, como aqui (*f. 4*).

Neste ponto, cumpre observar que, nos exatos moldes do entendimento recentemente sumulado pela Súmula nº 535 do C. Superior Tribunal de Justiça, a prática de falta grave não tem efeito interruptivo sobre a comutação e o indulto de penas:

> *Súmula 535: "A prática de falta grave não interrompe o prazo para fim de comutação de pena ou indulto."*

E é irrelevante, neste aspecto, tratar-se de falta grave consistente na prática de *novo delito*, tendo em vista que tampouco esta circunstância justifica

a interrupção da contagem do prazo, não apenas por ausência de previsão legal quanto a tanto, mas também por falta de determinação expressa do Decreto nesse sentido.

Diante disso, o requisito objetivo, que deve ser contado a partir da data da prisão do sentenciado – *31.ago.2006*, *f. 4* – restou integralmente cumprido, como se depreende do Boletim Informativo.

Já quanto ao requisito ***subjetivo***, o Boletim indica que o sentenciado **não registra nenhuma falta grave** no período de *12 meses* que antecederem à publicação do Decreto, tendo ocorrido a última falta – *novo crime* – em *29.mai.2014* (*f. 4*).

De igual modo, não se verifica a presença de qualquer das demais situações especificadas no art. 4º do Decreto invocado.

Assim, restando preenchidos os requisitos, necessária a concessão da benesse, exatamente como argumenta a defesa.

Com efeito, vale lembrar que, tratando-se a concessão de indulto e de comutação de penas de competência discricionária e exclusiva do Chefe do Poder Executivo (*art. 84, XII, da Constituição Federal*), é inviável a restrição dos benefícios com base em exigências não contidas no Decreto Presidencial.

Por este motivo, o cometimento de faltas disciplinares de natureza grave fora do intervalo temporal indicado pelo Decreto – *ainda que consistentes com a prática de novo delito, como aqui* – não tem o condão de obstar a concessão da benesse.

Nesses termos, constatando-se presentes os requisitos necessários à concessão da comutação, conclui-se que o agravante faz jus à benesse pretendida, na fração de ***1/4*** das penas impostas, com fulcro no ***art. 7º, "b", do Decreto Presidencial nº 9.246/2017.***

Dá-se provimento ao recurso, para cassar a r. decisão e ***conceder a comutação de 1/4 das penas remanescentes***, aferidas em 25 de dezembro de 2017, com fundamento no art. 2º do Decreto Presidencial nº 9.246/2017.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Execução Penal nº 7000195-24.2018.8.26.0198, da Comarca de Franco da Rocha, em que é agravante ALISON MEDEIROS DA SILVA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso para

determinar a realização do exame de cessação de periculosidade. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.686)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente), JOÃO MORENGHI e ANGÉLICA DE ALMEIDA.

São Paulo, 12 de setembro de 2018.

VICO MAÑAS, Relator

Ementa: Medida de segurança – Ofensa ao sistema vicariante – Não ocorrência.

Medida de segurança – Exame de cessação de periculosidade – Necessidade.

Provimento ao recurso defensivo para determinar a realização da perícia.

VOTO

Alison Medeiros da Silva interpõe recurso de agravo contra a decisão do MM. Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Franco da Rocha que indeferiu pedido de realização de exame de cessação de periculosidade e suspendeu a medida de segurança imposta no processo nº 0047790-05.2015.8.26.0050 (5ª execução).

Inconformado, pretende a reforma da sentença, pois necessária a referida perícia. A decisão, ademais, representou afronta ao sistema vicariante.

Oferecidas as contrarrazões (fls. 06/13) e mantida a decisão combatida (fl. 14v.), a D. Procuradoria da Justiça opina pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

O agravante ostenta 05 (cinco) execuções. Nas de número 1 a 4, impostas penas privativas de liberdade pela prática de tráfico de drogas, furto e roubo, já declarada extinta a primeira pelo integral cumprimento (fls. 21v./22v.). A quinta corresponde a medida de segurança aplicada também pelo delito de tráfico (fl. 30).

Acesso ao Sumário

Ante a superveniente ordem de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (0047790-05.2015.8.26.0050 - 5ª execução), diretor da Penitenciária I de Franco da Rocha consultou o juízo das execuções sobre como proceder, já que o recorrente cumpre as demais sanções em regime fechado (fls. 28/29).

Aberta vista às partes, a representante ministerial opinou pela manutenção do cumprimento das penas em equipamento fechado, bem como pela instauração de incidente de insanidade mental para avaliar a situação atual do reeducando. "Conforme se extrai do feito, APÓS o delito supracitado, o sentenciado cometeu

mais dois crimes, das guias 03 e 04, nos quais foi considerado IMPUTÁVEL" (fl. 35, destaques no original).

A defesa, a seu turno, postulou a realização de exame de cessação de periculosidade "com urgência, eis que o apenado já se encontra privado de liberdade desde outubro de 2015 e o referido exame não foi até o momento realizado" (fl. 36).

Por decisão de 18.01.2018, o Magistrado, reputando desnecessária a instauração de novo incidente de insanidade mental, suspendeu "a execução da GR 05, até o ingresso do executado em meio aberto" (fl. 43).

De início, cumpre esclarecer que, diversamente do sustentado, a sentença não restabeleceu o sistema do duplo binário, abolido pela reforma penal de 1984 porque gerava evidente *bis in idem* ao sentenciado.

Tratando-se de institutos diversos, aplicados em execuções distintas, pena privativa de liberdade e medida de segurança convivem sem afronta ao atual sistema vicariante.

Nesse sentido, os seguintes julgados desta E. Corte:

"E nisso ilegalidade alguma há e tampouco viola o sistema vicariante vigente em nosso ordenamento jurídico como diz a defesa, pois é impossível aplicar medida de segurança para imputáveis, sob pena de se confundir culpabilidade e periculosidade. Até porque a inimputabilidade não pode ser presumida e estendida a outras infrações penais, ao reverso, deve ser analisada de forma casuística, vale dizer, em relação a cada crime, em cada processo a que responde o réu" (Agravo em Execução nº 0040931- 94.2013.8.26.0000, rel. Des. Aguinaldo de Freitas Filho, j. em 14.06.13).

"Além disso, não ocorre no presente caso a aplicação do sistema duplo binário, já que a aplicação da pena privativa de liberdade da Execução 6 não se refere ao mesmo processo em que foi imposta a medida de segurança de internação. Assim, se a pena privativa de liberdade da Execução 6 e a medida de segurança imposta na Execução 5 decorrem de processos diversos, originados por crimes distintos com imposição de sanções diversas, não ocorre o cumprimento simultâneo de medida de segurança e pena privativa de liberdade" (Agravo em Execução nº 0257490-16.2011.8.26.0000, rel. Des. Machado de Andrade, j. em 22.03.12).

Não há que se falar, portanto, em "dupla privação de liberdade" (fl. 03v.).

Também não se aplica à situação o disposto no art. 183 da Lei de Execução Penal, uma vez que as doenças mentais diagnosticadas não sobrevieram durante o cumprimento da pena (fls. 93/96).

Consoante o teor do mencionado artigo, pode o juiz da execução substituir a reprimenda imposta na sentença por medida de segurança. A providência, não automática, depende da constatação de que o sentenciado, no curso da execução,

Acesso ao Sumário

revele doença ou perturbação da saúde mental (grifo nosso).

Era o caso, no entanto, de acolher o pleito defensivo de submissão do sentenciado ao exame de cessação de periculosidade.

Embora pareçam louváveis as determinações do Magistrado (suspensão da medida de segurança até eventual ingresso do executado em regime aberto ou livramento condicional, oportunidade em que será substituída a internação por tratamento ambulatorial, e comunicação à unidade prisional para a tomada de medidas de atenção à saúde mental de Alison - fl. 43v), até porque de certo modo favoráveis ao reeducando, melhor se afigura a pronta realização da avaliação médica requerida, nos termos do art. 176 da LEP.

Com efeito, averiguada a cessação de periculosidade, de rigor a desinternação condicional prevista no art. 97, § 3º, do Código Penal, podendo-se verificar as condições referidas no dispositivo durante a execução das penas privativas de liberdade impostas.

Na hipótese de nada justificar o restabelecimento da situação anterior, ou seja, ausente fato indicativo de persistência da periculosidade do agente que autorize o retorno à internação, será possível a própria extinção da medida de segurança, solução, por óbvio, mais benéfica ao recorrente.

Se, por outro lado, o agente apresentar comportamento inadequado antes do decurso de um ano da liberação condicionada, aí sim, tornam-se cabíveis algumas das providências mencionadas pelo Juiz, tal como a substituição da internação por tratamento ambulatorial se Alison já estiver no regime aberto ou em livramento condicional.

Como se vê, a imediata efetivação da perícia médica é medida que se impõe.

Frente ao exposto, dá-se provimento ao recurso para determinar a realização do exame de cessação de periculosidade.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Execução Penal nº 0003996-07.2018.8.26.0509, da Comarca de Araçatuba, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado ANDERSON FERREIRA LOPES DE ALMEIDA.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao agravo para determinar ao d. Juízo das Execuções que proceda à retificação dos cálculos penais do sentenciado ANDERSON FERREIRA LOPES DE ALMEIDA,

adotando-se a fração de 2/3 para fins de Livramento Condicional. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.663)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente sem voto), REINALDO CINTRA e FERNANDO SIMÃO.

São Paulo, 17 de outubro de 2018.

OTAVIO ROCHA, Relator

Ementa: Agravo em Execução – Livramento condicional – Recurso Ministerial – Sentenciado condenado por crime de associação para o tráfico de entorpecentes – Necessidade de cumprimento de 2/3 da pena carcerária para preenchimento do requisito objetivo específico do mencionado benefício – Regra especial contida no artigo 44, § único, da Lei nº 11.343/06 – Agravo provido.

VOTO

Inconformado com a decisão proferida pelo i. Juiz de Direito do DEECRIM 2ª RAJ – Araçatuba à fl. 47, por meio da qual foi homologado o cálculo de liquidação relativo à execução do sentenciado supramencionado, contra ela se insurgiu o i. Promotor de Justiça oficiante à fl. 1, arrazoando o agravo às fls. 2/4.

Argumenta o i Promotor, em suma, que "*o agravado foi condenado pela prática de crimes de tráfico ilícito de drogas, associação ao tráfico e outros (previstos nos artigos 33 e 35 da Lei 11.343/2006) ao cumprimento de pena total de 11 (onze) anos.... O legislador, dispôs, expressamente, no parágrafo único do artigo 44, parágrafo único, da Lei nº 11.343/2006 que para o pleito livramento condicional é essencial o cumprimento de 2/3 do total das penas, vedando a concessão ao reincidente específico... A lei em vigor é expressa ao exigir o cumprimento de dois terços da pena, não havendo discussão sobre a natureza hedionda ou não do crime. Assim sendo, adotar procedimento diverso, se trata de decidir contra legem*" (fls. 2/4).

Ante tais argumentos, postula a esta Corte a reforma da decisão agravada, a fim de que seja elaborado novo cálculo de liquidação, adotando-se a fração de *2/3* como requisito temporal para a obtenção do *Livramento Condicional.*

O agravo tramitou regularmente, tendo sido contra-arrazoado às fls. 50/57. À fl. 59 superou-se a fase de reexame, com a ratificação da decisão hostilizada.

A Egrégia Procuradoria de Justiça Criminal opinou pelo não provimento do recurso (fls. 70/73).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

ANDERSON é primário e desconta pena carcerária decorrente de condenação definitiva pelos crimes de posse ilegal de arma de fogo, tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico, com término previsto para 26.4.2027 (fls. 45/46).

O d. Magistrado das Execuções homologou os cálculos penais para efeito de benefícios executórios, aplicando ao crime de associação ao tráfico os requisitos da legislação ordinária (fl. 47).

Respeitado o entendimento do d. Julgador, o r. decisório comporta modificação.

É certo que, conforme iterativa jurisprudência, o crime de associação para o tráfico não se equipara aos delitos de natureza hedionda.

Nada obstante, ao regulamentar os requisitos necessários para a obtenção de Livramento Condicional relativamente aos crimes previstos nos artigos nos artigos 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37, da Lei 11.343/06, que é especial, o legislador pátrio exigiu o cumprimento da fração equivalente a 2/3 da pena privativa de liberdade, conforme destacado no dispositivo acima mencionado.

Por força do *princípio da especialidade*, tal regra deve prevalecer sobre as dos incisos I e II do artigo 83 do Código Penal, que estabelecem a necessidade de cumprimento de apenas 1/3 da pena (ou mais de metade, em caso de reincidência).

Esse é o entendimento da Superior Tribunal de Justiça. Confira- se o recente julgado [sem destaque no original]:

> *"(...) A jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça reconhece que o crime de associação para o tráfico de entorpecentes (art. 35 da Lei n. 11.343/2006) não figura no rol taxativo de delitos hediondos ou a eles equiparados, tendo em vista que não se encontra expressamente previsto no rol taxativo do art. 2º da Lei n. 8.072/1990. [-] Não se tratando de crime hediondo, não se exige, para fins de concessão de benefício da progressão de regime, o cumprimento de 2/5 da pena, se o apenado for primário, e de 3/5, se reincidente para a progressão do regime prisional, sujeitando-se ele, apenas ao lapso de 1/6 para preenchimento do requisito objetivo. [-] No entanto, a despeito de não ser considerado hediondo, o crime de associação para o tráfico, no que se refere à concessão do livramento condicional, deve, em razão do princípio da especialidade, observar a regra estabelecida pelo art. 44, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006, ou seja, exigir que o cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena, vedada a sua concessão ao reincidente específico. [-] Ordem concedida para afastar a natureza hedionda do crime de associação para o tráfico e determinar que o Juízo da Vara das Execuções Criminais*

da Comarca de São José do Rio Preto/SP proceda a novo cálculo da pena, considerando, para fins de progressão de regime e de livramento condicional, respectivamente, as frações de 1/6 (um sexto) e 2/3 (dois terços). (HC 394.327/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, 6º T., julgado em 13/06/2017, *DJe* 23/06/2017).

Impende concluir, portanto, que o delito do artigo 35 da Lei 11.343/06 deve subordinar-se, no tocante ao *Livramento Condicional*, ao prazo especial estabelecido no artigo 44, parágrafo único, da Lei n.º 11.343/2006, isto é, o cumprimento de pelo menos 2/3 da pena.

Assim, por tais fundamentos, **DOU PROVIMENTO** ao agravo para determinar ao d. Juízo das Execuções que proceda à retificação dos cálculos penais do sentenciado ANDERSON FERREIRA LOPES DE ALMEIDA, adotando-se a fração de 2/3 para fins de *Livramento Condicional*. Comunique-se.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001462-37.2017.8.26.0538, da Comarca de Santa Cruz das Palmeiras, em que é apelante JEFERSON LUIS ANACLETO, 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: Acolheram a preliminar e decretaram a nulidade, desde o início, da ação penal intentada contra JEFFERSON LUÍS ANACLETO, perante o MM. Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Santa Cruz das Palmeiras (proc. nº 0001462-37.2017.8.26.0538), determinando-se a renovação dos atos processuais, com observância do procedimento previsto nos artigos 54 e seguintes, da Lei nº 11.343/06; comunique-se para a expedição de alvará de soltura clausulado em favor do apelante. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.096)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GERALDO WOHLERS (Presidente) e JUVENAL DUARTE.

São Paulo, 20 de agosto de 2018.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: TRÁFICO DE ENTORPECENTES. Alegação de nulidade processual ante a realização da instrução no mesmo ato da audiência de custódia. Adoção em primeiro grau de rito oral e sumaríssimo, em detrimento do procedimento especial previsto na Lei 11.343/06. Violação dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Nulidade absoluta. Prejuízo presumido e que não carece de comprovação. Decretação da nulidade, desde o início, da ação penal. Necessidade de observância do procedimento da Lei 11.343/06 quando da renovação dos atos processuais. Relaxamento da prisão preventiva do apelante por excesso de prazo. Preliminar acolhida, com determinação.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por JEFERSON LUIS ANACLETO de sentença que o condenou, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, às penas de 09 (nove) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime fechado, e 916 (novecentos e dezesseis) dias-multa, de valor unitário mínimo, arguindo, preliminarmente, nulidade processual por ofensa ao princípio do contraditório e postulando, no mérito, a absolvição por insuficiência de provas e, subsidiariamente, a redução das penas, mediante a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, do mesmo diploma legal, a mitigação do regime prisional e a substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.

O recurso foi regularmente processado e, nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela rejeição da preliminar e improvimento da irresignação (fls. 176/192).

É o relatório.

O ora apelante foi autuado em flagrante, pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, porque, no dia 28 de agosto de 2017, por volta das 17h00, defronte ao "campinho" situado na Avenida Paulista, nº 265, em Santa Cruz das Palmeiras, tinha em depósito, para fim de tráfico, oitenta cápsulas plásticas contendo *cocaína*, com peso bruto aproximado de 70 gramas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

No dia seguinte, o recorrente foi apresentado em audiência de custódia e o MM. Juiz converteu a prisão em flagrante em preventiva e, ato contínuo, lhe nomeou Defensor e deu a palavra ao douto Promotor de Justiça, que o denunciou pela infração do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, arrolando

como testemunhas dois policiais militares. Ainda na mesma audiência, o Advogado nomeado apresentou defesa, a denúncia foi recebida e procedeu-se à inquirição de um dos policiais e ao interrogatório do acusado, dispensada a ouvida da outra testemunha, colhendo-se, por fim, as alegações finais das partes. O Magistrado, então, converteu o julgamento em diligência para a requisição do laudo de exame químico-toxicológico e, com a juntada deste, proferiu sentença, na qual condenou o réu, pela infração do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, às penas de 09 (nove) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime fechado, e 916 (novecentos e dezesseis) dias-multa, de unidade mínima.

A preliminar de nulidade processual deve ser acolhida, pois houve, no caso, evidente cerceamento de defesa, diante da não observância do devido processo legal e da ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Conforme adverte Alexandre de Moraes, o "***devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal)***", assentando que "***o devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expresso (art. 5º, LV)***" e que "***por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe permitam trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor se apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor***" ("Direito Constitucional", Ed. Atlas, 24ª edição, p. 106/107).

Do mesmo modo, o Colendo Superior Tribunal decidiu que "***o devido processo legal, amparado pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, é corolário do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, pois permite o legítimo exercício da persecução penal e eventualmente a imposição de uma justa pena em face do decreto condenatório proferido***", assim, "***compete aos operadores do direito, no exercício das atribuições e/ou competência conferida, o dever de consagrar em cada ato processual os princípios basilares que permitem a conclusão justa e legítima de um processo, ainda que para condenar o réu***" (HC 91.474/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe

Acesso ao Sumário

02.08.2010).

E também já afirmou que "***o processo penal, instrumento que é, não possui conteúdo finalístico em si mesmo. É dizer, sua existência decorre de uma necessidade, de uma imposição constitucional de assegurar, com o devido processo legal, legitimidade ao decisum restritivo do direito individual à liberdade***" (RHC 39283/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 30.08.2017).

É verdade que a eventual inversão de atos processuais ou a adoção de procedimento ordinário, em detrimento do rito especial, não geram nulidade, por si sós, e, ainda, que não será declarada a nulidade de ato que, embora praticado em desacordo com a formalidade legal, atinge a sua finalidade, competindo à parte interessada, nessas hipóteses, a comprovação da ocorrência de efetivo prejuízo ("***pas de nullité sans grief***").

Entretanto, no caso ora em exame, ao estabelecer procedimento oral e sumaríssimo, em detrimento do procedimento especial previsto na Lei nº 11.343/06, ou até mesmo do ordinário do Código de Processo Penal, o Magistrado violou normas constitucionais, subtraindo do apelante o direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla e efetiva defesa, que se concretizaram tão somente no plano formal, já que, segundo Gilmar Ferreira Mendes "***o contraditório e a ampla defesa não se constituem em meras manifestações das partes em processos judiciais ou administrativos, mas, e principalmente uma pretensão à tutela jurídica. Insere-se nesta tutela, assim como visto na doutrina alemã a pretensão à tutela jurídica, os direitos de informação, de manifestação e o direito em ver seus argumentos devidamente apreciados***" ("Curso de Direito Constitucional, Ed. Saraiva, 4ª edição, p. 592).

O simples encadeamento dos atos processuais, tais como previstos em lei, mas de forma concentrada e sumária, como ocorreu na hipótese, constituíram arremedo de processo, pois não houve participação efetiva da Defesa, no sentido amplo a que se refere o texto constitucional, já que a sua presença tão somente serviu para conferir legitimidade a resultado que já era conhecido de antemão, ou seja, a condenação do acusado. O patrono nomeado limitou-se a apresentar manifestações protocolares nos autos e sequer lhe foram concedidos os prazos previstos na lei especial ou oportunidade de se entrevistar com o réu, a fim de angariar subsídios para formulação da sua defesa, inclusive arrolando testemunhas.

Enfim, pode-se dizer que a fórmula adotada pelo Magistrado, com a concordância do Ministério Público de primeiro grau e, inclusive, do advogado nomeado, violou o devido processo legal, com os seus consectários do contraditório e da ampla defesa, sendo, no caso, absoluta a nulidade e presumido o prejuízo.

Acesso ao Sumário

E, estando o recorrente encarcerado desde o dia 28 de agosto de 2017, ou seja, há quase um ano, deve ser relaxada a prisão preventiva, por excesso de prazo.

Ante o exposto, acolhe-se a preliminar e decreta-se a nulidade, desde o início, da ação penal intentada contra JEFFERSON LUÍS ANACLETO, perante o MM. Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Santa Cruz das Palmeiras (proc. nº 0001462-37.2017.8.26.0538), determinando-se a renovação dos atos processuais, com observância do procedimento previsto nos artigos 54 e seguintes, da Lei nº 11.343/06; comunique-se para a expedição de alvará de soltura clausulado em favor do apelante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002855-80.2015.8.26.0145, da Comarca de Conchas, em que é apelante A.F.P., 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 42.553)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), IVAN SARTORI e CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 11 de setembro de 2018.

EUVALDO CHAIB, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – ESTELIONATO PRATICADO POR ADVOGADA E SUPRESSÃO DOS AUTOS QUE COMPROVAVAM SUA CULPA – PRELIMINAR DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA, ABSOLVIÇÃO E REDUÇÃO DA PENA – IMPOSSIBILIDADE – VASTO E ROBUSTO QUADRO PROBATÓRIO – RÉ CONTRATADA POR COLEGA, TAMBÉM ADVOGADO, PARA RETIRAR GUIA DE LEVANTAMENTO JUDICIAL E ENCAMINHÁ-LA PELOS CORREIOS – FEZ O LEVANTAMENTO DE FORMA FRAUDULENTA, POIS NÃO TINHA PODERES PARA TANTO, E

Acesso ao Sumário

SE APROPRIOU DA QUANTIA – CONDENAÇÃO BEM LANÇADA – PENA ESCORREITA, DOSADA COM CRITÉRIO, MANTIDA NO MÍNIMO LEGAL – REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO POR ALTERNATIVAS – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

A.F.P. foi condenada pelo r. Juízo da 1ª Vara da Comarca de CONCHAS, nos autos do Processo nº 513/2015, *sentença da lavra do eminente Juiz de Direito Dr. Edson José de Araújo Junior*, como incursa no artigo 171, *caput*, e no artigo 305, na forma do artigo 69, todos do Código Penal, às penas de 03 (três) anos de reclusão, em regime aberto, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, no valor mínimo legal, deferido o apelo em liberdade (fls. 327/333).

A apelante foi processada porque obteve para si vantagem ilícita, consistente em R$ 1.522,77 (um mil quinhentos e vinte e dois reais e setenta e sete centavos), mediante meio fraudulento, em prejuízo da vítima José Alves Batista Neto. Consta, também, que destruiu, suprimiu e ocultou, em benefício próprio e, em prejuízo alheio, os autos do Processo nº 3001409-59.2013.8.26.0145, em trâmite perante a 1ª Vara Judicial de Conchas, documento público de que não podia dispor.

Apela pleiteando, preliminarmente, o reconhecimento de que a tipificação do fato foi equivocada, e deve ser desclassificada para o artigo 356 do Código Penal. No mérito, pleiteia a absolvição por atipicidade da conduta, pois os fatos restringem-se a uma violação contratual, a ser resolvida na esfera cível. Também pretende a absolvição ou por insuficiência probatória. Subsidiariamente, pleiteia a aplicação de causas de diminuição de pena (fls. 346/361).

Contrariado o recurso (fls. 365/380), a douta Procuradora de Justiça Dra. Dulce Maria Monaco opina pelo seu parcial provimento, para que o crime previsto no artigo 305 seja desclassificado para o artigo 356, ambos do Código Penal (fls. 391/397).

É o relatório.

A questão preliminar, almejando a desclassificação da conduta, confunde-se com o mérito e com ele será examinada.

Impossível a absolvição pretendida, *data maxima venia.*

A autoria e a materialidade estão suficientemente demonstradas nos autos e foram registradas na r. sentença.

Conforme narra a denúncia, a apelante era advogada e foi contratada pela vítima, que também é advogado.

Acesso ao Sumário

A tarefa era simples, está especificada nos autos: realizar a retirada de uma Guia de Levantamento, relacionada a valores obtidos pela vítima nos autos do Processo nº 3001409-59.2013.8.26.0145, em tramite perante a 1ª Vara Judicial da Comarca, e encaminhá-la pelos correios.

A vítima passou à ré um substabelecimento (fls. 46) para que executasse o combinado.

Não restou dúvida sobre o ajuste. A ré deveria encaminhar a guia judicial pelos correios, para que a vítima José Alves Batista Neto realizasse o levantamento na Comarca de sua residência.

Contudo, a recorrente não cumpriu esse acordo.

Apurou-se que a apelante, mediante meio fraudulento, consistente em agir em descompasso com o quanto combinado com a vítima, dirigiu-se a uma agência bancária e realizou em benefício próprio o saque dos valores relacionados à guia de levantamento (fls. 13).

A. obteve, assim, em benefício próprio, a quantia de R$ 1.522,77 (um mil quinhentos e vinte e dois reais e setenta e sete centavos), conforme documentos de fls. 14/16.

Assim, mediante engodo à vítima (que acreditava que apelante cumpriria o que foi acordado), A. apoderou-se do valor que a ela era destinado nos autos do processo.

Posteriormente, a ré deu início a nova empreitada criminosa.

Dirigiu-se até o Cartório Judicial da 1ª Vara Judicial de Conchas, e efetuou a carga dos autos do Processo nº 3001409-59.2013.8.26.0145, ou seja, no qual havia retirado a guia de levantamento e se apoderado do valor respectivo (conforme carga de autos de fls. 18).

Em poder dos autos judiciais, a denunciada ocultou referido documento público, de que não podia dispor, em benefício próprio, na tentativa de impedir a apuração do seu crime anterior e, em prejuízo da vítima José Alves Batista Neto e do Poder Judiciário.

Consta dos autos que A. foi intimada a devolver os autos e, em seguida, foi expedido mandado de busca e apreensão, mas os autos judiciais não foram mais localizados.

Portanto, além do crime de estelionato, houve a prática do crime previsto no artigo 305 do Código Penal, ou seja, destruir, suprimir ou ocultar documento público de que não podia dispor.

No caso, A. era advogada, mas não atuava no feito, não era constituída por quaisquer das partes. Tinha apenas um substabelecimento para que retirasse uma guia de levantamento judicial e a encaminhasse por correio ao advogado vítima.

Acesso ao Sumário

Verifica-se, assim, que não se trata de uma advogada que praticou ato corriqueiro, no exercício de sua função, que durante a carga dos autos acabou por inutilizar o feio, ou deixou de restituí-lo dentro do prazo legal (artigo 356 do Código Penal).

A conduta da ré foi distinta.

A carga dos autos foi extensão do seu ardil, com a única finalidade de destruir o documento público (processo) que provava o seu engodo. Era prova em seu desfavor.

Por isso, não se cogita de desclassificação da conduta.

Também, não há que se falar em simples violação contratual, a ser resolvida na esfera cível.

A conduta da apelante se amoldou perfeitamente ao crime de estelionato, eis que A. obteve vantagem ilícita, em prejuízo da vítima, utilizando-se do referido meio fraudulento, consistente em enganar José Alves Batista Neto, que acreditava que a advogada, tal como acordado e substabelecido, apenas retiraria a guia de levantamento e lhe encaminharia referido documento para que ele próprio realizasse o levantamento do valor constante da guia.

O emprego do meio fraudulento pela apelante afasta o argumento defensivo de que a conduta se restringiu a um mero descumprimento contratual de âmbito cível.

Restou, assim, caracterizando o crime previsto no artigo 171, *caput*, do Código Penal, como bem foi reconhecido na r. sentença.

Também, não se cogita de aplicação ao presente caso do princípio da intervenção mínima, tendo em vista que a punição criminal da conduta da apelante se faz necessária para a proteção dos relevantes bens jurídicos envolvidos, ressaltando-se, ainda, que após a conduta, a apelante suprimiu os autos processuais com o fim de tentar, de forma frustrada, ocultar seu ilícito procedimento.

Em solo policial, A. disse que foi contratada pela vítima, também advogado, para retirar a Guia e efetuar o levantamento do valor. Disse que assim agiu e efetuou o depósito da quantia levantada na conta corrente da vítima. Comprometeu-se a apresentar cópia do comprovante desse depósito, mas não o fez. Disse, ainda, que fez carga rápida do processo referente ao levantamento de valores e devolveu os autos no mesmo dia, pois se tratava de uma "carga rápida". Disse, por fim, que houve demora em efetuar o depósito para a vítima, porque passou por problemas de saúde (fls. 58/59).

Acesso ao Sumário

Em Juízo, disse que foi contratada pelo Dr. J. para fazer a retirada e o levantamento de uma guia judicial. Na época, foi feito o levantamento e ficou afastada do escritório, em razão de problemas de saúde. Posteriormente, soube que ele tinha feito reclamação na OAB. Houve um período longo entre a retirada

e o pagamento. Sobre o processo, disse que foi feita carga rápida e devolvido no mesmo dia. Eliana, oficial de justiça, foi até seu escritório e fez as buscas, tendo a auxiliado. O pagamento foi feito sessenta dias depois. A contratação foi feita pelo site Migalhas. Já tinha prestado serviços antes pelo mesmo site e nunca teve problemas.

A vítima José Alves Batista Neto, ouvido por carta precatória (fls. 203), informou que faz processos tributários na região e nesse processo específico, fez o cumprimento de sentença e executou a sucumbência. Referido processo era contra o município e, assim que foi dada a sentença, este depositou o valor e foi autorizado o levantamento da guia judicial. Afirmou que utiliza a ferramenta "Correspondentes", do site Migalhas, quando precisa contratar outros advogados. Passa-lhes substabelecimento para retirar o mandado. Os advogados então retiram a guia e a enviam pelos correios, para que o depoente faça o saque em sua cidade.

Ajustou com a ré os valores de honorários e do Sedex. Mas, A., em posse do substabelecimento, realizou o levantamento e lhe afirmou que havia enviado a guia por "sedex", o que não era verdade. Após alguns dias, questionou a ré a respeito do envio e ela reforçou que havia enviado o documento pelos correios.

Solicitou o extrato postal para poder fazer o rastreamento do documento para verificar se não houve extravio. A ré lhe informou que não possuía o extrato, pois havia enviado por carta simples. Acrescentou que aguardou o recebimento por mais de um mês. Após isso, peticionou ao juízo da comarca de Conchas informando o ocorrido e solicitando a segunda via da guia para que pudesse receber. A petição ficou para ser juntada por dois meses, pois o processo não estava no cartório. Saiu uma publicação no processo, para que a ré devolvesse o processo que estava com carga para ela. A ordem do juízo não foi atendida pela ré e o processo ficou como desaparecido. Foi determinada a restauração dos autos. Passou a desconfiar e foi até a agência bancária. Descobriu que no mesmo dia em que enviou o substabelecimento para a ré, ela já havia sacado o dinheiro. A ré lhe dizia que havia enviado a guia por correio. A partir do conhecimento dos fatos, não mais conseguiu falar com a ré. Após isso, representou contra a advogada no Conselho de Ética da OAB e enviou petição para o Ministério Público.

A testemunha Demétrio Rosa Villalobos (fls. 191/192) relatou em Juízo que faz o levantamento mediante apresentação do Mandado de Levantamento Judicial (MLJ) e se a pessoa não é o beneficiário direto, verifica se tem procuração. No caso, havia o substabelecimento, constatou que havia poderes para fazer o levantamento. Indagado sobre o fato de ter sido realizado o levantamento de forma irregular, respondeu que tomou conhecimento quando o advogado veio e questionou porque tinha sido pago. Disse que, pelas normas do banco, estava tudo de acordo, a guia judicial o levantamento, feito mediante

Acesso ao Sumário

substabelecimento, e, por isso, não tem que ficar discutindo. O advogado que mencionou é a vítima, que veio até o banco. Não sabe quanto tempo depois ele veio até Conchas.

Do mesmo modo, a testemunha Cleide Aparecida de Souza Oliva, funcionária do Ofício Judicial (fls. 191/192) declarou que se recorda vagamente dos fatos. Havia várias pessoas para atender ao balcão. Não se recorda de ter feito a carga. Qualquer pessoa poderia ter feito a carga. Tomou conhecimento depois que o escrivão cobrou o processo há mais de trinta dias. O processo não foi devolvido. Acredita que foi feita uma carga normal.

Às perguntas da acusação, respondeu que se recorda que foi feita a carga do processo para a Dra. A., com a guia de carga. Tomou ciência porque o escrivão cobrou o processo e não foi encontrado. Saiu intimação para a Dra. A. e ela não devolveu. Houve busca e apreensão e o processo não foi localizado. Pelo que sabe, até hoje o processo não foi localizado.

Corroborando os fatos, Eliana da Silva Barrile (fls. 191/192) disse que é oficial de justiça e foi cumprir a busca e apreensão. Do mandado constava a busca e apreensão de um processo no escritório da Dr. A., na rua Sergipe. Foi até lá e não encontrou o processo. Procurou nos armários. Havia poucos processos no local, mas não encontrou o processo que foi procurar. Perguntou para a ré onde estava o processo e se não estava na caminhonete dela ou se tinha caído, mas ela disse que não. Não encontrou o processo. Fez a busca apenas uma vez.

Às perguntas da Defesa, disse que a busca durou cerca de dez ou quinze minutos. A mãe da ré estava presente no momento, e abriu todos os armários, dizendo que não estava lá e poderia olhar. Estavam no local a Dra. T. e a ré. Ela disse que poderia abrir os armários e olhou todos os lugares que poderia olhar, mas o processo não estava lá.

Ora, diante desse conjunto probatório, francamente desfavorável à réu, foi bem lançada a condenação.

Como bem decidiu o ilustre Magistrado, constata-se que a vítima confirmou os fatos narrados na denúncia, com clareza, ressaltando que contratou a ré, por meio de um serviço de corresponde de um site, para que ela, mediante substabelecimento, retirasse uma guia de levantamento e a encaminhasse para que ele (vítima) fizesse o posterior levantamento da quantia junto ao banco.

Confirmou, ainda, que após tal fato, manteve conversas com a ré, e que ela passou a afirmar que tinha encaminhado a guia por correio, o que, posteriormente, verificou não ser verdade, uma vez que a ré realizou a retirada da guia e o levantamento do valor nela constante.

Além disso, a vítima confirmou que tomou conhecimento de que foi feita carga dos autos pela ré do processo onde a guia foi levantada e que referido processo se extraviou.

Acesso ao Sumário

Não bastasse isso, o relato da vítima está confirmado pelos documentos juntados aos autos, que confirmam que a ré realizou o levantamento da quantia, sendo certo, ainda, que pelo conteúdo dos e-mails constantes dos autos é possível verificar, claramente, que a ré foi contratada para apenas retirar a guia e encaminha-la a vítima, pelos correios, não para realizar o levantamento do valor.

Tal constatação, aliada a falta de comprovação do pagamento da vítima, demonstram claramente que a apelante obteve vantagem ilícita, pois não deveria realizar o levantamento da quantia, bem como que se utilizou de meio fraudulento, uma vez que se valeu de um substabelecimento com poderes para retirar a guia para indevidamente também levantar a quantia e, ainda, ludibriou a vítima, mantendo-a em erro, tal como se verifica da prova oral colhida e das cópias dos e-mails juntados aos autos.

Consigna, ainda, que as demais testemunhas ouvidas nos autos confirmaram os fatos, em especial no que se refere à carga dos autos realizada pela advogada, seguida da sua não devolução.

Tal fato também está comprovado nos autos pelo documento de fls. 13, que confirma a carga dos autos realizada pela apelante, e com a consequente não localização e devolução dos autos até a presente data.

Além disso, assim agindo, a apelante, na qualidade de advogada, deixou de restituir os autos do processo nº 3001409-59.2013.8.26.0145, em trâmite perante a 1ª Vara Judicial de Conchas.

O benefício por ela buscado consistia na eventual impunidade decorrente da impossibilidade de verificação dos autos e comprovação do levantamento do dinheiro por ela realizado, com o evidente prejuízo à vítima e a Justiça com tal conduta.

Por outro lado, e considerando o quanto acima expedido, tem-se que a negativa da apelante ficou isolada nos autos e desprovida de elementos de credibilidade, uma vez que está em contraposição a todo o conjunto probatório colhido nos autos.

Desta feita, o conjunto probatório é coerente e robusto, estando perfeitamente demonstrada nos autos a materialidade e autoria dos crimes em questão, de modo que, finda a instrução criminal, confirmou-se integralmente o contido na denúncia.

Bem lançada a condenação, passa-se ao exame da dosimetria penal aplicada.

Nenhum reparo a ser feito.

Na primeira fase da dosimetria da pena, foi aplicada a pena base no mínimo legal com relação a ambos os delitos.

Acesso ao Sumário

Na segunda fase, ausentes atenuantes e agravantes.

Na terceira fase da dosimetria, pugna a apelante de forma genérica pela observância das causas de diminuição de pena.

Entretanto, também estão ausentes.

Pena para o estelionato: 01 (um) ano de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Pena para o artigo 305 do Código Penal: 02 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Adotado o cúmulo material, resulta na pena final de 03 (três) anos de reclusão, mais pagamento de 20 (vinte) dias-multa, no valor mínimo legal.

Diante da quantidade de pena aplicada e das condições pessoais da apelante, foi fixado o regime inicial aberto e operada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Nada mais pode almejar.

O Magistrado entendeu por bem manter a suspensão do exercício da advocacia, nos termos do artigo 319, inciso VI do Código de Processo Penal, tendo em vista que a acusada se utiliza de sua atividade profissional para a prática de crimes de estelionato.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000952-09.2016.8.26.0619, da Comarca de Taquaritinga, em que é agravante VILMA DOS SANTOS PEREIRA, 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 em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.179)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente sem voto), NEWTON NEVES e OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO.

São Paulo, 14 de setembro de 2018.

LEME GARCIA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação. Tráfico de drogas. Recurso defensivo. Absolvição por insuficiência de provas. Impossibilidade. Autoria e materialidade bem demonstradas. Condenação mantida. Dosimetria penal. Primariedade, quantidade de droga que não se mostra excessiva e inexistência de elementos que indiquem a dedicação da ré a atividades criminosas ou integração a organização voltada à prática de delitos. Viável a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, em seu grau máximo. Possibilidade de fixação do regime inicial aberto e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Pedido para que a ré possa recorrer em liberdade após eventual confirmação da decisão condenatória. Pretensão prejudicada em vista da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por VILMA DOS SANTOS PEREIRA contra a r. sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito Armenio Gomes Duarte Neto, da 3ª Vara da Comarca de Taquaritinga, que a condenou à pena de 04 anos e 02 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 416 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, devido à prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, c.c. §4º, da Lei n. 11.343/06 (fls. 272/276).

Em suas razões de recurso, a Defesa requer a absolvição da acusada por insuficiência probatória. Subsidiariamente, pleiteia a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, em seu grau máximo, bem como a redução da pena de multa. Ademais, pugna pela possibilidade da acusada recorrer em liberdade até o definitivo trânsito em julgado de eventual decisão condenatória (fls. 279/295).

Em contrarrazões, manifesta-se a Promotoria de Justiça pelo parcial provimento do recurso defensivo, tão somente para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, em seu patamar máximo (fls. 303/307).

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Marco Antônio Ferreira Lima, opina pelo parcial provimento do apelo defensivo, para que a diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, seja aplicada no patamar máximo de 2/3 (fls. 318/327).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

A apelante foi condenada porque, no dia 07 de fevereiro de 2016, na Rua dos Fernandes, n. 87, na cidade de Santa Ernestina, Comarca de Taquaritinga, vendeu duas porções de maconha pesando 3,84g, conforme auto de exibição e apreensão (fls. 07), laudo de constatação (fls. 13/14) e laudo pericial (fls. 50/51), substância entorpecente que determina dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Segundo consta, a apelante trabalhava no estabelecimento "Bar do Fernando", local conhecido pela autoridade policial como ponto de venda de entorpecentes. Na data dos fatos, policiais militares avistaram a acusada entregando, no interior do referido estabelecimento, algo para a testemunha Adão Aparecido Pedrassi. Momentos após a entrega, os policiais militares abordaram a referida testemunha nas proximidades do local, apreendendo com ela duas porções de maconha, pesando 3,84g.

A materialidade do delito restou bem evidenciada pelo boletim de ocorrência (fls. 05/06), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 07), pelo auto de constatação de substância entorpecente (fls. 99), pelo laudo pericial (fls. 09/10), bem como pela prova oral produzida.

A autoria, por sua vez, também é inconteste.

A acusada negou a prática do crime perante a autoridade policial. Afirmou que tanto ela como Fernando, seu esposo, e Gustavo, seu cunhado, não são traficantes (fls. 67). Em juízo, disse que administrou, junto com seu esposo Fernando, o "Bar do Fernando" por cerca de três anos. Conhecia a testemunha Adão, pois ele frequentava usualmente o bar. Negou que tenha vendido algum tipo de droga a Adão. Atestou que houve um desentendimento entre o marido dela e o policial militar Douglas, testemunha no presente feito (fls. 241/252).

A testemunha Adão Aparecido Pedrassi confirmou perante a autoridade policial que, na data dos fatos, adquiriu duas porções de maconha com a acusada no "Bar do Fernando", bem como aduziu que no local o proprietário Fernando e seu irmão Douglas realizavam tráfico de drogas (fl. 11). Em juízo, afirmou ser usuário de maconha. Disse que frequentava o "Bar do Fernando" e no dia dos fatos adquiriu duas porções de maconha no local com a acusada, pagando R$10,00 por cada porção. Após a compra da droga, saiu do local e, ao chegar em outro bar da região, foi abordado pelos policiais militares, para quem assumiu ter adquirido as drogas com a acusada (fls. 222/229).

Os policiais militares Marcos Aparecido de Oliveira e Douglas Dias dos Santos, em juízo, relataram que na data dos fatos estavam em patrulha e avistaram, no interior do "Bar do Fernando", a acusada entregando algo para a testemunha Adão, conhecido por ser usuário de drogas. Logo após a entrega,

Acesso ao Sumário

abordaram Adão em local próximo e apreenderam com ele duas porções de maconha. Disseram que ele afirmou ter adquirido a droga da acusada, no interior do "Bar do Fernando". Informaram que havia diversas denúncias a respeito de tráfico de drogas no local, realizado pela acusada, pelo seu esposo Fernando e por seu cunhado Douglas. (fls. 230/235 e 236/240).

Do conjunto probatório, depreende-se que os policiais militares prestaram depoimentos claros e coerentes, na fase policial e em juízo, relatando ter avistado a acusada entregando algo para a testemunha Adão no interior do bar. Logo após, nas proximidades do local, abordaram Adão e com ele encontraram duas porções de maconha. No próprio local dos fatos, ele confirmou ter adquirido o entorpecente da acusada.

Impende destacar o relevante valor probatório que deve ser conferido aos depoimentos dos policiais militares, notadamente porque se mostraram em harmonia com os demais elementos do conjunto probatório colhidos sob o crivo do contraditório. No presente caso, nada foi constatado que desqualificasse a conduta moral ou funcional desses profissionais a ponto de tornar suspeita sua narrativa.

Sobre o assunto, este é o firme entendimento dos Tribunais Superiores:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE DE ARMA. VIOLAÇÃO DO ART. 155 DO CPP. INEXISTÊNCIA. **VALIDADE PROBATÓRIA DO DEPOIMENTO DE POLICIAIS CONFIRMADOS EM JUÍZO. PRECEDENTE.** TESE DE CONDENAÇÃO LASTREADA EM PROVA INQUISITORIAL. IMPROCEDÊNCIA. SÚMULA 568/STJ. PROVAS PARA CONDENAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. CONDUTA NÃO ALCANÇADA PELA ABOLITIO CRIMINIS. PRECEDENTE. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. REGIME PRISIONAL. ADEQUAÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Conforme entendimento desta Corte, são válidos e revestidos de eficácia probatória o testemunho prestado por policiais envolvidos com a ação investigativa, mormente quando em harmonia com as demais provas e confirmados em juízo, sob a garantia do contraditório (ut, AgRg no AREsp 366.258/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 27/03/2014). (...) 7. Agravo regimental não provido[1].

"Destaco, ainda, que, segundo o entendimento desta Corte, o depoimento de policiais pode servir de referência ao juiz na verificação da materialidade e autoria delitivas, podendo ser utilizado como meio probatório válido para fundamentar a condenação.

Ressalto, ainda, que, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

"*inexiste qualquer restrição a que servidores policiais sejam ouvidos como testemunhas. O valor de tais depoimentos testemunhais – especialmente*

1 STJ, AgRg no AREsp 991.046/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 16/08/2017.

quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-los pelo só fato de emanarem de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal" (HC 74.438/SP, rel. ministro Celso de Mello, Primeira Turma, DJe 14.3.2011).

Sobre a validade do depoimento testemunhal de agentes policiais, destaco o seguinte trecho da ementa do HC 73.518/SP, rel. ministro Celso de Mello, DJ 18.10.1996:

"*O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar tal como ocorre com as demais testemunhas que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos*".

Ainda, nesse sentido, cito a ementa do HC 91.487/RO, Primeira Turma, rel. min. Cármen Lúcia, DJe 19.10.2007:

"*HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA FUNDAMENTADA EM DEPOIMENTOS COLHIDOS NA FASE JUDICIAL: AUSÊNCIA DE NULIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OU ABUSO DE PODER NÃO CONFIGURADOS. ORDEM DENEGADA. 1. A sentença condenatória está fundada em elementos concretos devidamente comprovados nos autos, expondo de forma exaustiva todos os elementos de convicção que levaram à condenação do Paciente, o que afasta a alegação de nulidade por não observância das regras de fundamentação. 2. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que não há irregularidade no fato de, na fase judicial, os policiais que participaram das diligências serem ouvidos como testemunhas e de que a grande quantidade de droga apreendida constitui motivação idônea para fixação da pena-base acima do mínimo legal. Habeas corpus denegado*".

Desse modo, observo que os depoimentos dos policiais corroboram os demais elementos dos autos, que são seguros no sentido da condenação" [2].

A par disso, é certo que Adão confirmou em juízo ter adquirido as drogas com a acusada, nada existindo nos autos no sentido de ele tivesse intenção deliberada de prejudicá-la, por meio de falsa acusação.

Com efeito, as circunstâncias em que ocorreram os fatos, notadamente considerando a abordagem da testemunha Adão quando trazia consigo duas porções de maconha, logo após a entrega visualizada pelos policiais militares, bem com a sua afirmação de ter adquirido a substância com a acusada, no interior do "Bar do Fernando", não deixam dúvidas quanto à destinação do entorpecente, de tal modo que era mesmo de rigor a sua condenação pelo crime

Acesso ao Sumário

2 STF - 2ª Turma - HC 121.724/SP - Min. Rel. Gilmar Mendes - Julgado em 10/06/2014.

previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Valoradas as provas produzidas sob o crivo do contraditório, verifica-se que são idôneas coesas e harmônicas, bem como estão em consonância com os elementos de informação colhidos durante a fase policial, de modo que suficientes para fundamentar o édito condenatório.

Confirmado o mérito da sentença condenatória, passo à análise da dosimetria da pena.

Ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, o d. juízo sentenciante corretamente fixou a pena-base no mínimo legal de 05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Em seguida, na segunda fase, inexistindo agravantes e atenuantes a serem consideradas, a pena acima referida se manteve no mesmo patamar.

Na terceira fase, respeitado o entendimento do d. juízo *a quo*, considero de rigor o reconhecimento do redutor previsto no §4º, do artigo 33, da Lei n. 11.343/06 em seu patamar máximo, qual seja, 2/3, uma vez que a ré é primária, vendeu quantidade não excessiva de droga (3,84g de maconha) e não há prova nos autos de que se dedique a atividades criminosas ou de que pertença a organização voltada à prática de delitos. Assim, redimensiono a reprimenda para 01 ano e 08 meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Merece reparo o regime inicial para o cumprimento de pena estabelecido pelo d. juízo *a quo.*

Malgrado o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90 determine o início do cumprimento da pena referente ao delito de tráfico de drogas em regime fechado, a inconstitucionalidade da referida norma já foi reconhecida em controle incidental pelo plenário do E. Supremo Tribunal Federal:

> *Habeas corpus*. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir- se sempre a

Acesso ao Sumário

fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que "[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado". **Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado**. (HC 111840, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013).

Em vista disto, dada a inconstitucionalidade acima mencionada, a fixação do regime inicial para o cumprimento da pena imposta a apelante deve ser feita com base nas normas gerais estabelecidas no Código Penal.

Com fulcro no artigo 33, § 3º, do Código Penal, o artigo 59 deve ser o norte para determinar o regime em que o apelante deve iniciar o cumprimento da reprimenda, respeitados os limites estabelecidos no art. 33, § 2º, do Código Penal.

Assim, tendo sido consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, não há razão para justificar o estabelecimento do regime fechado, apenas por se tratar de crime de tráfico de drogas.

O enunciado n. 719 da súmula do Supremo Tribunal Federal, assim dispõe:

> ***Súmula 719**: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*

In casu, o simples fato de a apelante ter sido condenada pelo cometimento de tráfico não enseja o estabelecimento do regime fechado pela gravidade em abstrato do delito. Com efeito, não pode esta ser suscitada pelo juízo para fixar o regime mais radical, conforme entendimento do STF também sumulado:

> ***Súmula 718**: A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.*

A par disso, há reiteradas decisões de nossos tribunais admitindo o regime

Acesso ao Sumário

inicial aberto para os condenados por tráfico:

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA A FIXAÇÃO DA MINORANTE EM PATAMAR INFERIOR A 2/3. FIXAÇÃO DO PERCENTUAL DE DIMINUIÇÃO NO MÁXIMO. VIABILIDADE. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO COM BASE NA IMPOSIÇÃO CONSTANTE DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF (111.840/ES). FLAGRANTE ILEGALIDADE RECONHECIDA.

1. A pena da ré foi indevidamente agravada pelo Tribunal de Justiça, porquanto sendo primária e de bons antecedentes, com todas as circunstâncias judiciais favoráveis, a quantidade de droga apreendida (8,8 g de maconha e 119 g de cocaína), não se mostra exorbitante o suficiente para afastar a redução da pena, pelo reconhecimento do tráfico privilegiado, do patamar máximo de 2/3, como bem asseverou o Juízo de primeiro grau, devendo, no ponto, ser restabelecida a sentença condenatória.

2. **Há ilegalidade flagrante na imposição automática do regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda, com fundamento na lei dos crimes hediondos. Destarte, com fundamentos no art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal, a ré possui o direito ao regime aberto.**

3. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

4. Agravo regimental improvido[3].

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE, APÓS O EXAURIMENTO DA JURISDIÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PENDENTES DE APRECIAÇÃO. EXECUÇÃO SUSPENSA. REGIME FECHADO PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA PENA. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MINORANTE NO GRAU MÁXIMO. REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. CABIMENTO. ORDEM DE PRISÃO HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3 STJ, AgRg no HC 406.146/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 21/11/2017.

Acesso ao Sumário

IV - O col. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 17/12/2013), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/07, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Seguindo tal orientação, firmou-se o entendimento nesta Corte segundo o qual o julgador deve observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, independente de o crime ser hediondo ou equiparado.

V - *In casu*, verifica-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal, tendo ainda sido aplicada no grau máximo a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4°, da Lei de Drogas. As circunstâncias judiciais, portanto, foram todas consideradas favoráveis. Assim, o regime aberto mostra-se o adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e n. 440 desta Corte Superior.

VI - O Pretório Excelso, nos termos da r. decisão proferida por ocasião do julgamento do HC n. 97.256/RS, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal por meio da Resolução n. 5 de 16/2/2012), permitiu a concessão da benesse aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal, como ocorre no presente caso.

Habeas Corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para suspender os efeitos da execução provisória determinada em face do paciente, até o julgamento dos embargos de declaração opostos na origem, bem como para fixar o regime aberto para o início de cumprimento da pena e determinar sua substituição por restritiva de direitos, nos moldes a serem definidos pelo MM. Juízo da Execução Penal[4].

Desta forma, não há impedimento legal no presente caso para a concessão de regime aberto, desde o início, até porque a Lei de Drogas não faz nenhuma referência ao regime inicial.

Sendo assim, considerando o *quantum* de pena imposta, aliado à primariedade da apelante, nos termos do artigo 33, parágrafo 2º, alínea "*c*", do Código Penal, fixo o regime inicial aberto para o cumprimento da reprimenda.

Quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, conforme a Resolução n. 5/2012 do Senado Federal suspendendo a

Acesso ao Sumário

4 STJ, HC 402.602/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/09/2017, DJe 11/10/2017.

execução da expressão "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*" do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, declarada inconstitucional por decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos do *Habeas Corpus* n. 97.256/RS, entendo ser a pena alternativa plenamente aplicável, sendo suficiente para a prevenção e reprovação do delito.

No caso em apreço, estão presentes os requisitos do artigo 44, do Código Penal, porquanto a acusada é primária, não ostenta maus antecedentes e não se trata de crime praticado com violência ou grave ameaça. No mais, adequado ao caso a substituição, pois a aplicação do redutor demonstra menor culpabilidade e, consequentemente, merecimento.

A par disso, a culpabilidade, a conduta social e a personalidade da agente permitiram a manutenção da pena-base no mínimo legal e a aplicação do redutor em seu grau máximo, de tal modo que se revela também cabível a concessão de pena alternativa.

Presentes, portanto, os requisitos estabelecidos no artigo 44, do Código Penal e por ser medida socialmente recomendável, substituo a pena privativa de liberdade imposta por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo prazo da pena aplicada, e prestação pecuniária no valor de um salário mínimo, ambas em favor de entidade com destinação social, a serem definidas pelo Juízo da Execução.

Por fim, observo que o pedido da Defesa para que a ré possa permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da condenação resta prejudicado, tendo em vista a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos.

Posto isso, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso defensivo, a fim de reduzir a pena imposta a VILMA DOS SANTOS PEREIRA para 01 ano e 08 meses de reclusão, além de pagamento de 166 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, modificar o regime inicial para o seu cumprimento, alterando-o do fechado para o aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo prazo da pena aplicada, e prestação pecuniária, no valor de um salário mínimo, a serem precisamente definidas no Juízo da Execução, ambas em favor de entidade com destinação social, subsistindo, quanto ao mais, a r. sentença de primeiro grau.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0089749-24.2013.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes COSMO

Acesso ao Sumário

AUGUSTO DA SILVA e ANTONIO WELLINGTON DA SILVA, 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: "por maioria, deram parcial provimento para: (i) absolver os apelantes, Cosmo Augusto da Silva e Antônio Wellington da Silva, pela prática do crime previsto no artigo 297 do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal; (ii) reduzir as penas de Cosmo Augusto da Silva, quanto ao delito previsto no artigo 298 do Código Penal, para 1 (um) ano, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão e 12 (doze) dias-multa, no mínimo legal; e (iii) estabelecer o regime aberto para início do cumprimento da pena do acusado Cosmo Augusto da Silva, considerando-se, desde já, prequestionadas as matérias debatidas no processo, para efeito de eventual manejo de recursos às Cortes Superiores. Comunique- se incontinenti, vencido o E. Revisor, Des. De Paula Santos que negava provimento ao recurso de Antonio e dava parcial provimento em menor extensão ao corréu Cosmo e declarará.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.013)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARDOSO PERPÉTUO (Presidente sem voto), DE PAULA SANTOS e FRANÇA CARVALHO.

São Paulo, 4 de outubro de 2018.

MOREIRA DA SILVA, Relator

Ementa: Apelação criminal – Falsificação de documentos públicos e particulares – Sentença condenatória – Apelo dos réus objetivando a absolvição ou, subsidiariamente, a redução das penas, o reconhecimento da tentativa, a aplicação da consunção ou do concurso formal entre os crimes e o abrandamento do regime prisional – Admissibilidade parcial – Conduta atípica quanto ao suposto crime de falsificação de documento público – Apreensão de impressos para a confecção de documentos sem nenhum preenchimento de dados – Hipótese que configura ato preparatório não punível – Imperiosa solução absolutória – Quanto à falsificação de documento particular: materialidade, autoria e dolo demonstrados – Depoimentos dos policiais assaz importantes para a elucidação dos fatos – Condenação bem editada, com base em sólido e convincente acervo

Acesso ao Sumário

probatório – Penas reduzidas – Elevação em virtude dos maus antecedentes de Cosmo readequada para a fração de 1/5 (um quinto) – Regime prisional alterado para o aberto. Recurso parcialmente provido.

VOTO

1. Ao relatório da r. sentença monocrática, acrescenta-se que: (i) **Cosmo Augusto da Silva (ou Cosme Augusto da Silva)**, por infração ao artigo 297, por trinta e duas vezes, na forma do artigo 70, ambos do Código Penal, foi condenado às penas de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 22 (vinte e dois) dias-multa, no patamar mínimo legal; e, por infração ao artigo 298, do Código Penal, foi condenado às penas de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, no piso, em regime inicial semiaberto; e (ii) Antônio Wellington da Silva, por infração ao artigo 297, por trinta e duas vezes, na forma do artigo 70, ambos do Código Penal, foi condenado às penas de 3 (três) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, no patamar mínimo legal; e, por infração ao artigo 298, do Código Penal, foi condenado às penas de 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no piso, em regime inicial aberto, substituída a privativa de liberdade por restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal.

Inconformados, recorrem. Sejam alegando atipicidade da conduta, sejam acenando com a fragilidade probatória, pugnam pela absolvição. Subsidiariamente, requerem a redução das penas, afastando-se os maus antecedentes de Cosmo e reconhecendo-se a modalidade tentada, crime único ou o concurso formal entre delitos. Por fim, postulam o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos também quanto ao acusado Cosmo.

Regularmente processado o recurso, opina a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

2. O recurso comporta parcial provimento.

Cabe ressaltar, de proêmio, que os acusados foram processados e, ao final, condenados pelos crimes de falsificação de documentos público e particular, porque, na data, hora e local narrados na denúncia, agindo previamente conluiados e com unidade de desígnios, falsificaram 8 (oito) impressos de carteira de identidade do Estado de São Paulo, um impresso de carteira de identidade do Estado da Bahia, 8 (oito) espelhos de carteira nacional de habilitação do *Detran*, 13 (treze) impressos de atestado médico do Hospital Municipal *Doutor Camino Caricchio*, da Prefeitura da Cidade de São Paulo, e uma nota fiscal fatura de serviços de telecomunicações da empresa *Vivo*.

Acesso ao Sumário

Segundo o apurado, os apelantes comercializavam papeis contrafeitos, sendo que para tal finalidade encomendaram os documentos públicos mencionados, todos forjados e em branco, para pessoa até o momento desconhecida.

Os réus receberam os documentos e os guardaram no sítio dos fatos e, uma vez contatado o interessado, eles inseriam os dados falsos e entregavam os papeis contrafeitos.

Na data dos fatos, policiais civis presenciaram o momento em que Cosmo entregou uma conta de telefone a um comprador, que intencionava comprovar falsamente endereço inexistente, ocasião em que o abordaram e apreenderam a referida conta. Depois, se dirigiram ao sítio dos fatos, revistaram o local e encontraram o acusado Antônio na posse dos demais documentos (fls. 1d/2d).

2.1. Do crime de falsificação de documento particular:

Pois bem.

A materialidade do delito de falsificação de documento particular apresenta-se cumpridamente demonstrada, não apenas pelos autos de prisão em flagrante (fls. 3/12) e de exibição e apreensão (fls. 17/20), senão também e especialmente pelo laudo documentoscópico (fls. 89/91) e pela prova oral amealhada nos autos.

A autoria, por igual, emerge bem elucidada.

Em ambas as fases da persecução penal, os acusados quedaram-se silentes, como lhes assegura a Carta Constitucional de 1988 (fls. 9 e 10 e mídia audiovisual).

No entanto, as provas existentes nos autos lhes são adversas.

Com efeito, o policial civil Cláudio relatou que, na data dos fatos, diligenciava pela região da Praça da Sé, junto de seu colega de farda Gilberto, quando avistaram Cosmo conversando com terceira pessoa, os quais se dirigiram a um bar, em seguida, onde trocaram papeis. Decidiram abordá-los e constataram que se tratava de uma conta de telefone, sendo que a referida pessoa, na ocasião, confirmou ter encomendado o documento ao réu. Este, por sua vez, confirmou que havia "intermediado" a contrafação da conta e os levou aonde estava Antônio. No local, constataram que funcionava um escritório rústico para confecção de documentos, com vários computadores, impressoras, espelhos de documentos, atestados e papeis utilizados para falsificação (mídia audiovisual).

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido foi o depoimento do policial civil Gilberto, acrescentando que, no escritório improvisado pelos réus, foram apreendidos petrechos, espelhos de *CNH* e atestados médicos, tendo ambos confessado a contrafação dos documentos. Desconfiou da autenticidade da fatura da *Vivo*, não por conta da qualidade, pois parecia autêntica, mas pelo modo sorrateiro como o réu a entregou à testemunha e pelo local onde se realizou a entrega do

documento (mídia audiovisual).

Não se pode olvidar que tais depoimentos merecem inteira acolhida, já porque os policiais não conheciam os apelantes e não tinham motivos para incriminá-los, se eles não tivessem mesmo cometido o crime; já porque prestaram depoimentos uniformes e harmônicos quanto aos pontos fundamentais, de modo a elucidar convincentemente a verdade dos fatos; já porque não há prova de má-fé ou suspeita de falsidade; já porque inexiste razão para desprestigiar agentes públicos quando comparecem perante a Justiça a fim de prestar contas de suas atividades.

Bem a propósito, já se decidiu que a "*simples condição de policial, segundo a Suprema Corte (RTJ 68/64), não torna a testemunha impedida ou suspeita. Em RT 530/372, por outro lado, já se decidiu ser 'inaceitável a preconceituosa alegação de que o depoimento policial deve ser sempre recebido com reservas, porque parcial. O policial não está legalmente impedido de depor e o valor do depoimento prestado não pode ser sumariamente desprezado. Como todo e qualquer testemunho deve ser avaliado no contexto de um exame global do quadro probatório' (no mesmo sentido RT 574/401, 588/513, 591/313, 594/332, 594/392, 597/330, 609/394, 610/369, 614/275, 616/286, 634/276 e 654/278; JUTACRIM 83/454, 95/101 e 96/230)*".[1]

E mais: "*Os depoimentos policiais devem ser cridos até prova em contrário. Não teria sentido o Estado credenciar agentes para exercer serviço público de repressão ao crime e garantir a segurança da sociedade e ao depois negar-lhes crédito quando fossem dar conta de duas tarefas no exercício de funções precípuas*".[2]

Importante registrar, também, como já se teve oportunidade de decidir: "*Assente, de forma pacífica, na jurisprudência dos Tribunais pátrios, que os depoimentos de policiais quando coerentes e sem discrepância entre si têm a validade de quaisquer outras declarações, não podendo ser desprezados sem prova de má-fé ou suspeita de falsidade*".[3]

Por sua vez, a testemunha Ramon contou ter se dirigido até a Praça da Sé, no dia dos fatos, onde perguntou a algumas pessoas com placas de "*vende-se ouro*" se conheciam quem lhe conseguisse um comprovante de residência. Esclareceu que precisava do documento emitido em nome da esposa, para que esta utilizasse no emprego. Na oportunidade, uma pessoa o levou a um escritório situado na Avenida Brigadeiro Luiz Antônio, onde foi apresentado a Cosmo, que lhe cobrou entre R$ 100,00 e R$ 150,00 para confeccionar o documento e lhe disse para que voltasse à tarde para buscá-lo (mídia audiovisual).

Desse quadro probatório, emerge a conclusão segura de que os apelantes efetivamente falsificaram documento particular, não apenas diante

1 - Apelação Criminal nº 726.557/8-7ª Câmara de Férias - Rel. Juiz Luis Ambra - v.u., j. de 22.07.1993, cit. *in* RJDTACRIM 19/96.

2 - RDTJRJ 7/287.

3 - TJSC - JC 59/314.

Acesso ao Sumário

dos depoimentos dos policiais civis, que viram o exato momento da entrega da conta de telefone falsa a Ramon e foram até o local onde os papeis eram contrafeitos, ocasião em que ambos os réus confessaram a prática criminosa, mas também diante do testemunho de Ramon, que confirmou ter ido atrás de um comprovante de endereço e, então, conduzido até o local dos fatos, onde fora recebido por Cosmo. Ademais, o laudo pericial constatou que realmente a conta da empresa Vivo era falsa.

Necessário salientar, ainda, que não comporta acolhida a tese de atipicidade da conduta por suposta falsificação grosseira. A uma, porque o próprio laudo pericial atesta claramente o contrário e, a duas porque, ao contrário do sustentado pela Defensoria, o policial Gilberto deixou claro em seu depoimento que o documento parecia verdadeiro e que ele apenas desconfiou da sua veracidade por conta do modo como o acusado passou o papel, às escondidas, para a testemunha, em local sabidamente conhecido para a obtenção de documentos falsos (Praça da Sé). Ou seja, o referido documento era mesmo eficaz para ludibriar e induzir a erro o cidadão comum.

Destarte, porque suficientemente provadas a materialidade e a autoria resultantes da ação típica - sob os aspectos objetivo e subjetivo -, antijurídica e culpável, sem qualquer causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, era mesmo inarredável o provimento condenatório como bem proclamado pela eminente Magistrada sentenciante, cujas lúcidas e bem colocadas razões de decidir ficam aqui adotadas, em consonância com a norma inscrita no artigo 252 do Regimento Interno desta Augusta Corte de Justiça, exceto no tocante às penas de Cosmo.

Estas comportam reparo.

Importante ressaltar, de princípio, que as penas do apelante Antônio Wellington foram estabelecidas nos mínimos legais e, assim como o regime prisional, que é o mais benéfico, não comportam qualquer reparo.

No entanto, em relação ao acusado Cosmo, as reprimendas foram exageradamente estipuladas em ½ (metade) acima do patamar mínimo. Em que pese a longa folha de antecedentes do réu, existem apenas duas condenações anteriores definitivas aptas a configurarem como maus antecedentes (fls. 154, execução 3 e fls. 244), razão pela qual as penas devem ser aumentadas à razão de 1/5 (um quinto), de todo adequado e suficiente ao caso.

Acesso ao Sumário

Neste ponto, em atenção à Defesa, cabe registrar ser incabível o afastamento dos maus antecedentes. Trata-se de réu que ostenta duas condenações pretéritas transitadas em julgado (fls. 154, execução 3 e fls. 244), há mais de cinco anos, caracterizadoras da circunstância judicial impugnada e que não pode simplesmente deixar de ser aplicada. Agir de maneira diferente seria beneficiar agente com condenação criminal anterior em detrimento daqueles que, primários

e sem antecedentes, não possuem qualquer envolvimento criminal ensejador de condenação e que receberiam, caso atendido o reclamo defensivo, a mesma pena de agente condenado anteriormente. Atentaria contra o próprio princípio da isonomia: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

De mais a mais, consoante tem proclamado a jurisprudência: "*o período depurador de cinco anos afasta a reincidência, mas não afasta os maus antecedentes*"[4].

Desse modo, as penas de Cosmo ficam definitivamente estabelecidas em 1 (um) ano, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão e 12 (doze) dias-multa, no patamar unitário mínimo.

Outrossim, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em razão dos maus antecedentes, a evidenciar que estas não se mostrariam recomendáveis sob o ponto de vista social, nem adequadas sob o prisma da suficiência (art. 44, II e III, CP).

Por derradeiro, malgrado os fatos não indiquem exacerbada gravidade e o *quantum* punitivo seja inferior a 4 anos, verifica- se que o apelante possui maus antecedentes (com duas condenações transitadas em julgado, sendo uma delas por crime de falsificação de documento público), o que demonstra que as punições anteriormente por ele experimentadas não lhe proporcionaram a necessária conscientização, de nada valendo, portanto, a prevenção especial, sem nenhum efeito intimidativo no caso concreto, a fazer despontar a periculosidade do agente e a recomendar, de conseguinte, a imposição do regime prisional diverso do aberto para o início do desconto da pena corporal, como sinal de maior reprovabilidade de sua repetida conduta.

Entretanto, observa-se que a r. sentença fundamentou a necessidade de imposição de regime mais severo somente em razão do *quantum* superior a 4 (quatro) anos, de sorte que se torna necessário, portanto, com o mesmo fundamento, alterá-lo, nesta instância, para o aberto.

2.2. Do crime de falsificação de documentos públicos:

De outra banda, o crime de falsificação de documento público não restou comprovado. Em que pese os sérios indícios de que realmente foram elaborados (e em larga escala, de maneira profissional) pelos acusados, ante a apreensão de diversos espelhos falsos de carteiras nacionais de habilitação, carteiras de identidade e até atestados médicos, nota-se que, no momento da apreensão, nenhum deles estava efetivamente preenchido, de sorte que não poderiam nem mesmo ser considerados como documentos.

Sobre o tema, ademais, não destoa a doutrina. Bem por isso, oportuno escólio do eminente magistrado e professor Guilherme de Souza Nucci:

Acesso ao Sumário

4 AgRg no AREsp 571.478/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 02/10/2014; AgRg no AREsp 288.127/MG, Rel. Ministro Walter de Almeida Guilherme [Desembargador convocado do TJ/SP], Quinta Turma, julgado em 06/11/2014.

"... Documento público é definido como o escrito, revestido de certa forma, destinado a comprovar um fato, desde que emanado de funcionário público, com competência para tanto. Pode provir de autoridade nacional ou estrangeira (nesse caso, desde que respeitada a forma legal prevista no Brasil), abrangendo certidões, atestados, traslados, cópias autenticadas e telegramas emitidos por funcionários públicos, atendendo ao interesse público".[5]

Com efeito, os papeis falsos apreendidos estavam em branco, sem nenhum preenchimento, de modo que não estavam aptos a comprovar qualquer fato. Não houve sequer menção de que os acusados completariam algum dos espelhos ou tinham clientes à espera da contrafação. Ou seja, a conduta não passou de mero ato preparatório.

Foi neste mesmo sentido a decisão do Tribunal de Justiça do Paraná, em caso semelhante:

"(...) ora, se o documento estava em branco, embora se possa presumir que estava pronto para ser falsificado, por meio da inserção de dados falsos, não se pode dizer que tal prática se consumou e nem mesmo que tenha tido início. A conduta representa mero ato preparatório, impunível. Como é sabido, a falsidade documental exige um mínimo de potencialidade lesiva, representada pela possibilidade de iludir ou enganar outrem. E o espelho em branco de uma carteira de identidade não tem qualquer eficácia material para produzir efeitos, já que não se trata de documento que possa ser usado ou apresentado em substituição ao autêntico. Trata-se, na verdade, de documento inócuo".[6]

Como corolário, é possível concluir-se pela atipicidade da conduta dos apelantes no tocante à falsificação de documentos públicos, a tornar inafastável, nesse ponto, a solução absolutória relativamente aos apelantes.

3. Diante do exposto, **dá-se parcial provimento** para: (i) **absolver** os apelantes, Cosmo Augusto da Silva e Antônio Wellington da Silva, pela prática do crime previsto no artigo 297 do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal; (ii) **reduzir as penas** de Cosmo Augusto da Silva, quanto ao delito previsto no artigo 298 do Código Penal, para 1 (um) ano, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão e 12 (doze) dias-multa, no mínimo legal; e (iii) **estabelecer o regime aberto** para início do cumprimento da pena do acusado Cosmo Augusto da Silva, considerando-se, desde já, prequestionadas as matérias debatidas no processo, para efeito de eventual manejo de recursos às Cortes Superiores. Comunique-se *incontinenti.*

Acesso ao Sumário

5 - Curso de Direito Penal, São Paulo Ed. Forense, 2017.

6 - AC 4041174 PR 0404117-4, 2ª Câmara Criminal. Rel. Des. Lilian Romero. Julgamento em 8.11.2007.

DECLARAÇÃO DE VOTO PARCIALMENTE VENCIDO

(Voto nº 16.899)

Em que pese a alta qualidade do voto do E. Relator, divirjo parcialmente, apenas no tocante à absolvição da imputação de infração ao art. 297 do Código Penal, por trinta e duas vezes, em concurso formal, na forma do art. 70, também do Código Penal.

Entendeu o E. Relator que, por não estarem preenchidos os espelhos de documentos públicos que foram encontrados, "*não poderiam nem mesmo ser considerados como documentos*".

Contudo, no caso presente, apesar de não estarem preenchidos, **são materialmente falsos os próprios espelhos apreendidos**, que não deixam de ter conotação documental, uma vez que de emissão exclusiva pelo poder público (atributo evidentemente fraudado, mediante falsificação).

Ou seja, a hipótese concerta ora em tela difere completamente de outras em que encontrados *espelhos verdadeiros* sem estarem preenchidos.

Com efeito, quanto à falsidade documental, a materialidade é induvidosa, em face do auto de exibição e apreensão (fls. 17/20) e do laudo de exame documentoscópico (fls. 72/74), tendo-se concluído que "*são FALSOS os 'espelhos' das CNH e Ci descritas nos itens 'A' e 'B' do capítulo inicial, tendo em vista que não apresentam os mesmos elementos de segurança documental dos respectivos similares legítimos, quer quanto ao papel, quer quanto aos processos de impressão [...] São FALSOS os impressos das Atestados descritos no item 'C' do capitulo inicial, tendo em vista a má qualidade de Impressão*".

Ou seja, trata-se, inequivocamente, de falsidade material.

Aliás, quanto ao tema, já decidiu esta Corte Paulista:

> "Ficou demonstrado, estreme de dúvidas, que a recorrente, nas condições de tempo e lugar referidas na inicial, em 19 de abril de 2016, falsificou documentos públicos. Policiais civis, em operação realizada para apurar a notícia de que um indivíduo confeccionava documentos falsos, inclusive para serem fornecidos a terceiras pessoas que utilizaram tais documentos para ingressar em condomínios com o fim de cometer crimes (fl. 5), verificaram que o réu guardava, em sua residência, diversos documentos falsificados. No local, foram apreendidos os seguintes documentos: 32 (trinta e dois) espelhos de carteira de identidade não preenchidos; 9 (nove) espelhos de carteira nacional de habilitação não preenchidos; 15 (quinze) carteiras de identidade acompanhadas de cópias reprográficas da ficha de identificação civil; 9 (nove) comprovantes de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas; folhas de cheques em branco, em que figura como correntista Arthur Albuquerque Fernandes; cartões bancários em nome de terceiros e 2 (duas) chaves de segurança

Acesso ao Sumário

de contas bancárias. [...] No âmbito da materialidade delitiva, a prova é complementada pelo auto de exibição e apreensão de fls. 11/13 e pelo laudo pericial de fls. 229/243. Como se vê, a procedência da inicial, nos moldes em que se deu em primeiro grau de jurisdição, era de rigor" (AP nº 0001928-39.2016.8.26.0191, Rel. Des. Nuevo Campos, j. em 22/03/2018).

Destarte, pelo meu voto, descabe cogitar de solução diversa da condenatória.

Quanto à dosimetria, no voto do E. Relator, quanto ao crime previsto no art. 298 do Código Penal, a pena do apelante Antônio foi mantida, por fixada no mínimo legal (01 ano de reclusão e 10 dias-multa) e a pena de Cosmo foi reduzida, para se aplicar um aumento de somente 1/5 por conta dos maus antecedentes (resultando em 01 ano, 02 meses e 12 dias de reclusão, além de 12 dias-multa).

Da mesma forma ora se procede, aqui, quanto à condenação pelo delito previsto no art. 297 do Código Penal, de modo que, quanto a Antônio, se mantém a pena-base de 02 (dois) anos de reclusão, além de 10 (dez) dias-multa, e, no tocante a Cosmo, a pena-base é ora reduzida para 02 (dois) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, mais 12 (doze) dias-multa. Sem alterações na segunda fase, na terceira, por conta do concurso formal, se aplica o aumento já imposto na r. sentença, na proporção de ½ (metade), "*fração máxima abstratamente prevista em face da exorbitante quantidade de crimes cometidos, t*rinta e dois" (fls. 395). Isto resulta em 03 (três) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa para Antônio, bem como em 03 (três) anos, 07 (sete) meses e 06 dias de reclusão, mais 18 (dezoito) dias-multa, para Cosmo.

Na sequência, as penas referentes a cada modalidade delitiva devem ser somadas, nos termos do art. 69 do Código Penal, resultando num total de 04 (quatro) anos de reclusão e 25 (vinte e cinco) dias-multa para Antônio e num total de 04 (quatro) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, mais 30 (trinta) dias-multa, para Cosmo.

Acesso ao Sumário

Tendo em vista o montante das penas ora fixadas, mantenho o regime inicial semiaberto para Cosmo e o aberto para Antônio, tais como fixados na sentença de primeiro grau.

No mais, concordo com o voto do E. Relator.

Diante do exposto, pelo meu voto **(VENCIDO)**, **nego provimento** ao recurso no tocante ao réu Antônio Wellington da Silva e dou **parcial provimento** ao recurso quanto ao réu Cosmo Augusto da Silva, mas em **menor extensão**, tão somente para reduzir sua pena final, nos termos acima.

DE PAULA SANTOS, Desembargador Revisor vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0017655-57.2015.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante VINIO CINTRA E OLIVEIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por V.U, rejeitaram as preliminares e, no mérito, negaram provimento ao recurso, com determinações", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.748)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente sem voto), GRASSI NETO e ALCIDES MALOSSI JUNIOR.

São Paulo, 4 de outubro de 2018.

MARCO ANTÔNIO COGAN, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – PLEITOS PRELIMINARES DE NULIDADE DECORRENTE DE CERCEAMENTO DE DEFESA, CONSISTENTES NO INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE ACAREAÇÃO ENTRE O APELANTE E AS VÍTIMAS, E PELA NÃO OITIVA DE TESTEMUNHA ARROLADA, DE CUJO DEPOIMENTO DEPOIS A DEFESA DESISTIU.

POSTERIOR TERCEIRO PLEITO, EM VÉSPERA DE JULGAMENTO PAUTADO NESTA CÂMARA, DE RECEPÇÃO DE OITIVA COLHIDA DOIS MESES ANTES, EM SEDE DE JUÍZO TRABALHISTA, PARA FIM DE SERVIR DE PROVA EM PROL DO APELANTE.

NO MÉRITO, PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO DO APELANTE POR FALTA DE PROVAS A INCRIMINÁ-LO.

CONDENAÇÃO ESTRIBADA NO ART. 140, § 3º, DO CP.

QUESTÕES PRELIMINARES INICIAIS E SUBSIDIÁRIA REJEITADAS.

NO MÉRITO, CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO A INCRIMINAR O APELANTE

Acesso ao Sumário

NA FORMA RECEPCIONADA NO ÉDITO MONOCRÁTICO.

Questões preliminares rejeitadas e, no mérito, recurso desprovido, com determinações.

VOTO

1 – Trata-se de apelação interposta em favor de Vinio Cintra e Oliveira, que foi condenado ao cumprimento da pena corporal de um ano de reclusão, em regime prisional aberto, mais o pagamento de dez dias-multa, fixados no piso mínimo, substituída a corporal por restritiva de direito, consistente em prestação pecuniária no valor de cinco salários mínimos, em favor de entidade a ser indicada no Juízo das Execuções Criminais, por incurso nas sanções do artigo 140, § 3º, do Código Penal (fls. 132/137).

Invoca a patrona do apelante, preliminarmente, existência de nulidade processual, por cerceamento de defesa, em razão do indeferimento do pedido de realização de "acareação com as reclamantes e testemunha única", alegando que tal não ficou suprido na audiência, pois não "teve ele tempo para tomar conhecimento do que foi falado e alegado em juízo" (fl. 148), ainda acrescentando que foi "**induzido ao erro** e acedeu ao pedido do meritíssimo juiz para em prol de acelerar o processo abrir mão do depoimento de sua **testemunha que não havia sido intimada** para a audiência" (fl. 148). No mérito, busca a absolvição do apelante, alegando que na ocasião ele, na condição de médico, após escutar de uma das pessoas que estavam presentes na cozinha da unidade básica de saúde, que essa estava a consumir "creolina para controlar a pressão" (fl. 149), apenas teceu comentários gerais, entre eles, sobre a incidência de hipertensão na população negra vinda da África, "e pediu que olhassem nas suas famílias e vissem as pessoas que são negras, idosas e obesas se não seriam na maioria portadoras de hipertensão. Disse ainda que tais pessoas não se tornariam brancas, e que ou envelheceriam ou morreriam novas e a única coisa a fazer seria não engordar. Disse também que tudo isto são dados cientificamente comprovados. Em tom de reforço de sua história contou que teve uma babá que chamava Aparecida, mas que fazia questão que a chamassem de Preta a quem amou como uma segunda mãe, que tratou a vida toda de hipertensão e morreu 'do coração', que brincava com ele que não podia nem beber café nem comer feijoada ou ficaria 'preto' como ela" (fl. 149). Acrescenta que as vítimas afirmaram que o apelante sempre as tratou com respeito, "e que o episódio foi um caso isolado" (fl. 150), e que a testemunha de defesa Lucimeire confirmou que ele "não é racista" (fl. 150).

Frisa ainda que, após a prolação da sentença, uma testemunha presencial se apresentou, "da qual o suposto réu nem se recordava da presença no propalado

ato, que se voluntariou a prestar depoimento" (fl. 150), requerendo que seja deferida sua oitiva, pois corroborou sua versão, no sentido de que "os assuntos tratados o foram na totalidade com aspecto e intuito científico e explanatório que ela e outros presentes assim o entenderam e que as supostas vítimas não escutaram toda a conversa, saindo no meio desta e se sentiram indevidamente ofendidas" (fl. 150), sem que tivessem ocorrido as ofensas mencionadas pelas ofendidas.

Demais, alega existência de nexo causal entre os sete inquéritos administrativos promovidos pela Prefeitura Municipal contra o apelante e o presente caso, pois o alcaide é chefe das funcionárias reclamantes, o que revela que suportou assédio moral. Diante disso, pleiteia a absolvição, nos termos do art. 386, V e VII, do CPP, visto que as provas são insuficientes para o deslinde condenatório, pois o apelante em nenhum momento agiu com o dolo inerente ao crime imputado. Supletivamente requer a declaração de inconstitucionalidade da sentença por ofensa ao art. 5º, inc. IX da CF; a recepção da excludente do crime, com base no art. 142, II, do CP., e que seja deferida a oitiva da mencionada testemunha presencial, Raquel Ronco (fls. 147/167).

O recurso foi contrarrazoado pelo doutor Promotor de Justiça, que pretende a rejeição das questões preliminares arguidas e, no mérito, o desprovimento do recurso, com a mantença da r. sentença (fls. 258/262).

E a douta Procuradoria de Justiça, em r. parecer da lavra do doutor Alfonso Presti, também se pronunciou pelo afastamento das teses preliminares e, no mérito, pelo desprovimento do recurso (fls. 276/290).

Em véspera de julgamento do caso pautado nesta Eg. Câmara, reprisando sua pretensão antes invocada as fls. 297/299, e indeferida a fl. 309, a Defesa, as fls. 314/316, ajuizou nova pleito, repetindo sua pretensão de oitiva de testemunha ouvida em sede de Juízo Trabalhista, em 14/04/2018, invocando para tal os artigos 479 e 481, do Código de Processo Penal, que tratam, em Primeiro Grau, de rito distinto, específico, de Júri.

Retirado o feito de pauta de julgamento (fl. 322), foi aberta vista à douta Procuradoria de Justiça, que sobre tal se manifestou a fl. 327, em novo parecer, da lavra da doutora Rosa Aschenbrenner Consales.

Este, em síntese, é o relatório.

2 - E na espécie há que se recepcionar como possível a segunda solução apresentada pela douta Procuradora de Justiça, que reiterou seu parecer de fls. 276/290, aguardando a prevalência do despacho de fl. 309, vez que incabível baixa dos autos em diligência, para oitiva da testemunha em tela, diante da prolação da sentença monocrática, na qual já ocorreu a apreciação de todos os elementos de prova existentes nos autos de longa data, o que certamente violaria a sistemática processual penal, criando nessa, inclusive, precedente indevido.

Acesso ao Sumário

Pertinente, pois, que a Defesa, querendo, lance mão da ação própria, bem lembrada na manifestação douta de fl. 327, caso entenda necessário.

Assim, indefere-se a pretensão de inclusão, na véspera do julgamento pautado, da oitiva da testemunha referida as fls. 319/320.

E ficam rejeitadas as questões preliminares de nulidade arguidas, que não merecem acolhimento, por absoluta falta de amparo legal.

Isso porque, apesar de devidamente intimada da audiência, a testemunha de defesa Sílvio Donizete Nunes não compareceu à designada para 24.01.2017 (fls. 94 e 105), e a Defesa desistiu de sua oitiva, o que foi homologado pelo MMº. Juiz a fls. 107/108, sem incidência de qualquer cerceamento de defesa, afastada, portanto, a nulidade invocada com base no art. 564, "h", do CPP.

Longe está Sílvio de se tratar de "nova testemunha", como referido no apelo a fl. 150, conforme mera leitura do termo de fl. 107, *in fine.*

E não demonstrado o prejuízo ao direito de defesa do recorrente, que teve ampla oportunidade de apresentar sua versão, nas duas ocasiões em que ouvido, inviável o pedido de reconhecimento da nulidade do processo com tal argumento (art. 563, do CPP).

Já no que toca ao pleito de acareação entre o apelante, vítimas e testemunhas, o MM. Juiz, destinatário da prova, atendendo ao requerido pelas ofendidas, e as circunstâncias que envolveram a prática do crime, acertadamente deferiu que suas declarações fossem tomadas sem a presença do acusado, o que não implica em cerceamento de defesa, mas na preservação do estado de ânimo daquelas, a teor do que estabelece o art. 217, do Estatuto Adjetivo.

Demais, durante a audiência cabe a Defesa do acusado a feitura de perguntas, observando-se que a do apelante esteve presente em todos os atos representando os seus interesses, a indicar, novamente, ausência de invocado cerceamento de defesa, tanto que o tema sequer foi questionado em sede de alegações finais, a ensejar, inclusive, sua preclusão.

Quanto ao terceiro e extemporâneo pedido, de surgimento de testemunha nova, após a prolação de sentença, agora em fase recursal, não tendo sido arrolada na defesa preliminar, não há que ser deferida, agora, sua oitiva, por operada também a preclusão, observando-se que, conforme a própria Defensoria menciona a fl. 150, tratava-se de testemunha "da qual o suposto réu nem se recordava da presença no propalado ato" (fl. 150), fato que, por si só, denota que não teve interesse, no momento oportuno, de buscar tal meio de obtenção de prova, não havendo, repita-se, após prolatado o édito monocrático, que se retornar à fase instrutória, em verdadeira violação a sistemática processual penal. Caso fosse importante, bem poderia ser requerida a juntada de declaração escrita da mesma, o que não ocorreu.

E no mérito, há que se desprover o apelo.

Acesso ao Sumário

Ouvido na fase inquisitorial, o acusado declarou que na ocasião fez uma observação a respeito dos negros que vieram ao Brasil trazendo em sua constituição o gene da hipertensão arterial, que requer cuidados, e que para tanto não deveriam tomar remédio, tampouco engordar, todavia alegou que esse comentário não foi dirigido a ninguém especificamente, sendo que se encontravam no local as duas funcionárias que fizeram a reclamação. Ressaltou que não tem qualquer intimidade com ambas, e que sequer conversou com elas, bem como não lhes apontou o dedo, não tendo motivos para fazer comentários racistas.

Em Juízo manteve tal narrativa e acrescentou que no local havia outras pessoas, além das vítimas, e reafirmou que jamais apontaria o dedo para qualquer pessoa. Por fim, disse que, por conta de desentendimentos travados com o Prefeito Municipal, ao se insurgir contra a ação de "falsos médicos", passou a ser perseguido, acreditando que os fatos ora em análise são desmembramentos daquele episódio, pois o Prefeito é o "patrão delas" (fls. 11/12 e mídia).

A ofendida Marlene Auxiliadora Silva esclareceu que no dia dos fatos estava a dialogar com a outra vítima, Ladiene, na cozinha do posto de saúde, quando o apelante ingressou e começou a conversar com pessoas que estavam em outra mesa, sem que tivesse prestado atenção no assunto, inclusive porque não mantinha relações de amizade com o réu, nem mesmo para conversas informais, até que ele, despropositadamente, se virou para as duas e, lhes apontando o dedo, disse "vocês duas, negrinhas, vocês vieram de Angola, seus antepassados eram escravos" (mídia), o que a deixou constrangida, motivo pelo qual saiu do local. Afirmou que não foi a primeira vez que o réu assim agiu, mas que cerca de duas semanas antes, ele havia dito que ambas não "precisavam tomar café porque já eram pretas" (mídia). (fls. 02/03 e mídia).

No mesmo sentido as declarações da vítima Ladiene Costa Silva Santos, assegurando que também se sentiu constrangida com as injúrias proferidas pelo apelante nas duas ocasiões, e que também não prestou atenção à conversa que ele mantinha com as outras pessoas, em outra mesa, estando a dialogar com Marlene, quando foi por ele abordada (fls. 04/05 e mídia).

A testemunha Sueli Maria da Silva Souza disse que presenciou ambos os ocorridos, relatando que, na primeira vez, o réu se referiu às vítimas dizendo que elas não precisavam tomar café, pois já eram pretas, e que, no dia em questão, ele falou que elas deviam estar felizes, porque os escravos vieram de Angola para cá, e apontou para ambas dizendo que não precisavam se preocupar, as chamando de "negrinhas". Narrou ainda que, na outra mesa, onde ele se encontrava com outras duas pessoas, conversavam sobre o uso de creolina para "matar vermes", assunto que era tratado como brincadeira por seu amigo, momento em que o acusado, sem motivos, apontou para as ofendidas e as insultou (mídia).

Acesso ao Sumário

E a testemunha de defesa Lucimeire de Fátima Laurindo, ouvida por carta precatória, disse que não presenciou os fatos, e que, como namorada do réu na época, não notou que era preconceituoso, inclusive ele a apresentou para as suas filhas (mídia).

Tem-se, pois, do conjunto probatório, que as vítimas e a testemunha de acusação forneceram relatos coesos em todas as oportunidades em que foram ouvidas, e sobre o ocorrido nenhuma demonstração fática foi dada de que tivessem interesse em incriminar o acusado falsamente, inclusive porque ele próprio confirmou que falou na ocasião sobre tema relacionado à raça negra, em contexto que não guardava nenhuma relação com a conversa, que a testemunha presencial Sueli afirmou ter ocorrido na ocasião, na mesa que ele ocupava, relacionada ao uso de creolina para tratar de verminose.

Demais, estando o apelante na presença de duas testemunhas, sintomático que não as tivesse arrolado em sua defesa preliminar, a teor dos ditames do art. 156, do Código de Processo Penal, mas que só após a prolação da sentença, finda a ação em Primeiro Grau, tivesse se recordado de uma delas, o que igualmente traz a convicção quanto a serem verídicas as narrativas das ofendidas sobre o ocorrido, que representou, aliás, um segundo ataque injurioso perpetrado pelo réu contra ambas.

E no que tange à genérica pretensão de declaração de inconstitucionalidade da sentença por ofensa ao art. 5º, inc. IX da CF ("**Art. 5 - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença**"); e reforma da r. decisão, em razão de uma excludente do crime prevista no art. 142, inc. II, do CP ("**Não constituem injúria ou difamação punível: [...] II - a opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar**"), sob a alegação de inexistência da intenção de ofender, observa-se que a linguagem utilizada pelo acusado ultrapassou os limites da atividade intelectual, literária ou científica, que aliás na ocasião ele nem exercia, ao colocar questões raciais em debate, fora de contexto, e ainda se aproveitar do momento, de forma incisiva, para proferir injúrias, dizendo que as ofendidas eram "negrinhas e que seus antepassados vieram de Angola", de maneira a pretender taxativamente humilhá-las e constrange-las, como assim o fez.

Quanto ao pleito subsidiário de "oitiva da declarante Raquel Ronco" (fl. 156), em verdade confunde-se com a preliminar ofertada para o mesmo fim atinente a Sílvio Donizete, e pelas mesmas razões fica rejeitada.

Acesso ao Sumário

Dessa forma, evidenciada está a prática da injúria na forma preconizada no artigo 140, § 3º, do Código Penal, não vingando a pretendida absolvição, vez que patente que o apelante promoveu ofensas contra as vítimas, com conteúdo racial, e com a clara intenção de atingir-lhes a honra, na presença da testemunha Sueli, que confirmou sua conduta.

As penas não comportam reparos, visto que foram aplicadas nos patamares mínimos, assim como foi estabelecido o regime prisional inicial aberto, bem de acordo com a intensidade das ofensas, o número de vítimas e a condição econômica do condenado, e ainda substituída a corporal por prestação pecuniária, tanto que sequer constituíram objeto do recurso.

Isto posto, rejeitadas as preliminares arguidas, nega-se provimento ao apelo ajuizado em favor de **Vinio Cintra e Oliveira**, mantendo-se, por seus fundamentos, a r. sentença, conforme prolatada. **Providencie-se, pela Secretaria: 1- Remessa ao Presidente do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, de cópias da denúncia, da completa qualificação do condenado, da sentença e deste v. Acórdão, para conhecimento, uma vez que o crime ocorreu em ambiente profissional do mesmo; 2- Remessa ao Excelentíssimo Procurador Geral de Justiça, doutor Gianpaolo P. Smanio, de cópia de fls. 123/130 e 74, nessa ordem, para as providências que entender pertinentes quanto a afirmação feita pela advogada doutora Roberta Magrin Ravagnani, OAB/SP 278.847, sobre as vítimas, constantes no quarto parágrafo de fl. 125.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0016863-85.2012.8.26.0624, da Comarca de Tatuí, em que é apelante/apelado D.G.N., é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso ministerial, para condenar D.G.N. à pena de 22 (vinte e dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, por violação do artigo 217-A, c.c. o artigo 226, inciso II, c.c. o artigo 71, todos do Código Penal; e negaram provimento ao recurso de D.G.N.

Consolidado o entendimento do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária de 05 de outubro de 2016, daquele que prevaleceu no HC nº 126.292/SP, Relator Ministro Teori Zavascki, no sentido de que, exaurida a possibilidade de tramitação de recursos em segunda instância, ainda que pendentes recursos especial e extraordinário sem efeito suspensivo, possível a determinação de

Acesso ao Sumário

início imediato do cumprimento da pena, determinaram a expedição de mandado de prisão depois de decorrido o prazo para interposição de recursos ordinários contra a presente decisão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.945).**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente), FREITAS FILHO e OTAVIO ROCHA.

São Paulo, 3 de outubro de 2018.

ALBERTO ANDERSON FILHO, Relator

Ementa: APELAÇÕES – "PARQUET" E CONDENADO – CRIME SEXUAL CONTRA VULNERÁVEL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL – CONFIGURAÇÃO – OCORRÊNCIA – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – CONDENAÇÃO MANTIDA – APENAMENTO – RETIFICAÇÃO – NECESSIDADE – REGIME INICIAL FECHADO – NECESSIDADE – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RECURSO MINISTERIAL PROVIDO – RECURSO DEFENSIVO IMPROVIDO.

VOTO

D.G.N. foi condenado à pena de 18 (dezoito) anos de reclusão, em regime inicial fechado, por infringência do artigo 217-A, c.c. o artigo 226, inciso II, c.c. o artigo 71, todos do Código Penal, pela r. sentença de fls. 157/169 (vol. 1), adotado seu relatório, que julgou procedente a presente ação penal. Foi-lhe facultado o direito de recorrer em liberdade, em razão de ter respondido de modo livre à instrução processual.

Irresignados, buscam os apelantes, em síntese, a reforma da sobredita r. sentença, postulando:

D.G.N.: sua absolvição da imputação irrogada na denúncia, por caracterização de insuficiência e fragilidade dos elementos do acervo fático-probatório para a manutenção da condenação, com aplicação do princípio do "***in dubio pro reo***", nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, pleiteia a mitigação da pena para o patamar mínimo legal (***sic*** razões fls. 175/224, vol. 1);

Acesso ao Sumário

O Representante do Ministério Público: "*a majoração da pena, pela continuidade delitiva, seja na fração de 2/3*" (fls. 246/248; 251/255, vol. 2).

Os recursos foram contra-arrazoados (fls. 241/244; 260/266, vol. 2), tendo a douta Procuradoria Geral de Justiça opinado no sentido do provimento do recurso interposto pelo Representante do "*Parquet*" e pelo improvimento do recurso defensivo interposto (fls. 274/282, vol. 2).

É o relatório.

A irresignação ministerial prospera e a inconformidade do réu-apelante não comporta acolhimento.

A materialidade delitiva está devidamente evidenciada, como se depreende dos autos de: boletim de ocorrência (fls. 03/05, vol. 1); do laudo de exame de corpo de delito realizado (conjunção carnal – fls. 17/18, vol. 1); e da cópia da certidão de nascimento da vítima J. L. do N. (fls. 20, vol. 1).

No mais, na hipótese em tela, em estrita observância do princípio constitucional da razoável duração do processo (CF/88, artigo 5º, inciso LXXVIII) e do princípio constitucional da eficiência (CF/88, artigo 37), alinhado com o pacificado entendimento do Supremo Tribunal Federal (ED ARE nº 723.254/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, v.u., j. 14.04.2015, DJe 84; STF, AgR ARE nº 727.030/RS, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, v.u., j. 19.11.2013, DJe 237; QO-RG AI nº 791.292/PE, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 23.06.2010, Repercussão Geral Mérito, *Ementário* 2410-6/1289), assim como o permissivo do artigo 252 do Regimento Interno do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, aplica-se a técnica da fundamentação "***per relationem***", pela qual o Magistrado se utiliza de trechos de decisão anterior, em vista da constatação de a r. sentença ter examinado percucientemente todos os elementos do conjunto fático-probatório:

"A pretensão acusatória merece acolhida, uma vez que a prova dos autos demonstra com clareza a confluência de todas as elementares do delito, que se configurou consumado, não havendo dúvidas quanto à autoria, bem patenteada a tipicidade da conduta.

A materialidade delitiva restou comprovada por meio do boletim de ocorrência (fls. 03/05), relatório psicológico (fls. 42/43), bem como por toda a prova oral colhida em juízo.

Em seu interrogatório, o acusado negou a prática delitiva e afirmou sua inocência, deduzindo que criou sua filha da mesma forma como foi criado, sem muita liberdade, sendo que sua esposa é mãe adotiva de J. Em virtude dessas limitações que impunha, acredita que a vítima inventou os fatos, que tudo ocorreu por causa de uma festa que J. queria ir e ele não deixou. Disse que o relacionamento que tem com ambas as filhas é saudável. J. sempre teve bom comportamento, sem vícios e muito responsável. Afirmou que sua filha

Acesso ao Sumário

mais nova não conta com o mesmo padrão rígido de criação, por viverem em um lugar mais calmo e religioso. Contou que quando ficou sabendo do que J. falava, não voltou para casa por conta de conselho que seu cunhado lhe deu, permanecendo em Sorocaba. J. tem facilidade em proferir mentiras, mas que todos acreditaram nela. Disse que não sabe dizer como J. passou a ter conhecimento de atos sexuais, talvez por televisão, que não falava sobre sexo com ela.

Saliente-se que em crimes cometidos no contexto familiar, a negativa pelo agente é tão costumeira, quanto a recusa dos fatos pelos parentes. Por vezes o algoz é pai de família, ostenta casamento duradouro e aos olhos de terceiro/familiares entrega à suposta vítima tão somente os cuidados comuns a paternidade. A vítima adolescente não raro é taxada como rebelde e tendente a inventar os mais inaceitáveis absurdos, apenas com resposta as imposições decorrentes de uma educação mais repressora. A história se repete no caso dos autos. Parte dos familiares recusa-se a aceitar a possibilidade do abuso sexual, a companheira do réu, dependente econômica e emocionalmente prefere aderir a versão da negativa de autoria, evitando alterações em sua rotina, o réu transfere a culpa à filha, e a vítima, é novamente negligenciada em seu ambiente familiar.

O depoimento da vítima juízo revela uma jovem completamente fragilizada, pesarosa pela conduta paterna a que foi submetida, mas firme quanto a necessidade de seu depoimento e a sujeição de seu genitor aos imperativos legais. Note-se que vítima não adota tom raivoso, vingativo ou incoerente e tem consciência do abuso que foi impingida e de como foi subjugada pelo genitor. No depoimento refere-se a madrasta como mãe. Sua genitora (biológica) abandou-a com poucos meses de idade e seu pai passou a conviver com outra pessoa, que a criou como se filha fosse.

Em sua oitiva a vítima narra dolorosamente os abusos praticados pelo próprio pai, constrangida pelo fato de que apenas teve total consciência do caráter sexual das caricias quando alcançou certa idade. Acerca do inicio dos abusos, desde seus cincos anos, narra '(...) ele ia deitar na cama e me chamava para ir junto e eu era pequena, não entendia chamava para deitar na cama e eu não sabia. Ai ela passava a mão no meu corpo ... e eu deixava e eu era criança... minha mãe direto ia viajar... eu não gostava de ficar com ele mas eu ficava... ela falava que não tinha dinheiro para pagar minha passagem... ela ia pra onde a gente mora agora, no Porto, ia na sexta e voltava no domingo... ele falava que não era pra eu contar pra minha mãe...

A vítima segue relatando a intensidade dos abusos, que também passaram a incluir sexo oral, introdução do dedo em sua vagina, tentativa de penetração. Indagada acerca do momento em que se deu conta de que era vítima de abuso a vítima relatou que quando assistiam a certo programa que veiculava esse tipo

Acesso ao Sumário

de matéria, seu pai saia da sala: '(...) quando passava reportagem na televisão ele saia da sala... e eu ficava imaginando'... dai que eu fui me tocando que era errado...

Indagada acerca do momento que decidiu relatar os abusos sexuais à sua tia a vítima descreve a piora do comportamento do réu quando completou seus 14 anos, afirmando as brigas, o ciúmes. '(...) como seu eu fosse só dele... eu queria sair e ele nunca deixava... ele disse que mandava em mim... e eu não aguentava mais, sabia que era errado...

Quanto ao fato de ter relatado inicialmente a sua tia e não sua madrasta '(...) eu seu que minha mãe gosta dele e como minha psicóloga me explicou o amor dela é maior por ele do que por mim... então se eu contasse pra ela não ia adiantar nada...ela ia falar que eu estava mentindo e que falei aquilo para curtir a vida, porque tinha 14 anos ...'

Depois que contou pra sua tia, no dia seguinte esta contou para sua mãe e ela e o réu acabaram por discutir e o acusado saiu de casa. Neste período o réu passou a ligar para vítima dizendo que ela estava destruindo a familiar, que não precisava inventar essas coisas... Seus pais ficaram separados um tempo e retomaram a relação e ela foi morar com sua tia. Hoje a vítima estuda, namora. É contundente em afirmar que não teria porque inventar esta história, '(...) abri mão de minha família pela minha verdade...' Por fim indagada acerca das consequências do crime, respondeu '(...) eu acabei me apegando muito mais as pessoas por medo de ficar sozinha... por medo de perder o pouco que tenho'.

Pelo depoimento prestado pela vítima extrai-se que esta fora submetida aos abusos sexuais causados por seu pai por cerca de dez anos. Os atos libidinosos consistiram em caricias, sexo oral, introdução de dedo e do pênis em sua vagina. O réu aproveitava-se até mesmo do contato, brincadeiras que seriam oriundas de um relacionamento entre pai e filha para lhe apalpar.

Quanto a palavra da vítima, nossos Doutrinadores têm transplantado para suas obras aquilo que é fruto de experiência comum e brota do simples bom senso do homem médio: por sua própria natureza, os crimes sexuais ocorrem longe das vistas de terceiros, logo, a palavra da vítima merece todo crédito.

Semelhante entendimento, tem tido nossos Tribunais:

'Em crime de estupro com violência presumida, a palavra da vítima tem especial relevo, desde que se ajuste as demais elementos e circunstâncias que emergem dos autos.' (RT 620/328).

'Nos crimes contra os costumes, quase sempre praticados sem a presença de testemunhas, as declarações da ofendida tem valor probante, máxime quando encontra apoio em outros elementos de prova existente dos autos.' (RT 614/336).

'No delito de estupro, crime praticado, via de regra, à revelia de

Acesso ao Sumário

testemunhas, as informações da ofendida, embora menor, mais honesta e de bons costumes, coerentes com o restante da prova, tem relevante valor de convicção.' (RT 534/393).

'ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - Caracterização - Autoria e materialidade devidamente comprovadas - Espécie de crime cometido na clandestinidade - Hipótese em que a palavra da vítima firme e coerente é capaz de ensejar decreto condenatório - Prova, ademais, segura e conclusiva - Recurso parcialmente provido para outro fim. Nos crimes contra os costumes, cometidos às ocultas, o depoimento da vítima avulta de importância, como meio de descobrir a autoria, surgindo como um coeficiente de ampla valoração. (Apelação Criminal n. 177.720-3 - São Paulo - Relator: JARBAS MAZZONI - CCRIM 1 - V.U. - 10.04.95).

'PROVA CRIMINAL - Testemunhal - Depoimento de vítima criança - Admissibilidade - Descrição firme e coerente dos fatos - Testemunho, ademais, corroborado por demais provas dos autos - Recurso não provido - Nos crimes contra os costumes, o depoimento de vítima criança não afronta a prova mas, antes, encontra razoável ressonância no contexto probatório, se não se depara com justificativa plausível para a admissão de que sua versão é inverídica ou fantasiosa'. (Relator: Jarbas Mazzoni - Apelação Criminal n. 155.433-3 - Osasco - 18.04.94).

A testemunha D.L., psicóloga que elaborou o relatório psicológico da vítima, encartado aos autos às fls. 42, também foi ouvida em solo judicial e esclareceu que embora não possa descrever os fatos que foram repassados pela vítima durante os atendimentos, pois isto violaria seu sigilo profissional, observou que J. estava muito deprimida e fragilizada, com sinais de negligência, querendo ser tratada. Afirmou que verificou sinais de abuso sexual na vítima e que J. mostrou-se muito consciente do que falava e que dificilmente tais fatos conseguem ser falseados por vítima deste tipo de agressão, sendo levado em consideração todo um contexto para chegar a essa conclusão. Disse que a personalidade da vítima, tímida e introvertida, é típica de quem sofre abuso. Ainda, relatou que a decisão de J. em contar os fatos foi muito difícil e pesarosa, restando-lhe marcas do que vivenciou.

A testemunha D.G.N., tia da vítima, disse que desconhece os fatos narrados pela vítima, sendo certo que o relacionamento de D. com J. era "normal", não tendo presenciado qualquer comportamento estranho. Contou que J. era tímida e introspectiva e que D. é ótimo pai.

A testemunha C.T., concunhado de D., disse que tomou conhecimento sobre os fatos narrados na denúncia através do réu. Disse que nesse dia D. estava muito nervoso e que negou ter praticado abusos sexuais contra J. Afirmou não ter presenciado qualquer comportamento estranho e que o relacionamento

Acesso ao Sumário

de D. e J. era 'de pai para filha', acreditando que a vítima usou esta estratégica para ter uma vida sem o controle da família.

A testemunha C.A.T. disse que ficou sabendo dos fatos através de sua irmã, C. Contou que J. sempre foi uma pessoa tímida, falava pouco, obediente, não fazia uso de drogas e não apresentava malícia sexual. Disse que notava que D. tinha comportamento ciumento em relação à vítima e que não a deixava sair. Relatou que conversou com a J. sobre o ocorrido e que ela confirmou tudo que havia contado para C., sendo certo que naquela época J. não tinha experiência sexual. Disse que a vítima já havia contado para seu filho W. e que as versões apresentadas são iguais. Esclareceu que não quis mais ter relacionamento com D. porque acredita no que J. contou, não havendo motivo para duvidar dela. Relatou que J., quando deixou de morar com a genitora, sofreu muito, e que mandava mensagens expressando seus sentimentos. Disse que J. tinha muita dificuldade em falar sobre o ocorrido e que chorava demais e que sua irmã, genitora da vítima, ficou muito mal quando ficou sabendo dos fatos, mas que é dependente emocional de D.

A testemunha C.T. disse que J. lhe contou que D. abusava dela. Esperou o réu ir trabalhar para contar à sua irmã, que é mãe de criação de J., a qual ficou muito nervosa e se dopou com calmantes. J. quis ir até a Delegacia de Polícia registrar boletim de ocorrência e que ela sempre foi tímida e vergonhosa, mais do que o normal para a idade dela. Disse que quando J. lhe contou ainda não tinha experiência sexual, que sequer comentários deste teor costumava proferir. Relatou que D. sempre deu mais atenção para J. do que para a outra filha. Acredita no que J. contou e que ela não inventaria nada disso ante a relação que tinha com o genitor, a qual era muito boa. Contou que a vítima sofreu muito e que continua sofrendo, sentindo falta da mãe e irmã, mas que não volta atrás daquilo que afirma ter ocorrido. Disse que J. é esforçada, trabalhadora, que não faz uso de drogas, mas que tem dificuldade de relacionamento. Relatou que J. acabou ficando sozinha por ter divulgado o que ocorria, que chora demais e que escreveu uma carta para sua genitora contando a falta que sente dela. Afirmou que rompeu o relacionamento com sua irmã, por um tempo, em razão de tudo que ocorreu. C. não consegue se desvincular de D., tem dependência emocional e por isso se reconciliaram. Disse que D. não se revoltou com aquilo que J. contou para as pessoas, que aceitou ter que tocar a vida em outra cidade. Contou que a genitora da vítima trabalhava fora e que se lembra dela ter viajado uma vez, deixando J. Por fim, asseverou que D. sempre traiu sua irmã, mas que não imaginava que ele fosse fazer isso com sua própria filha.

Através da expedição de Carta Precatória a testemunha C.A.T. foi ouvida via audiovisual (fls. 122) e disse que nunca presenciou nada do que os autos narram, que é casada com D. e que a vítima é sua filha de criação. Relatou que em uma oportunidade a vítima e o réu discutiram por conta de uma festa que

Acesso ao Sumário

J. queria ir. Dias depois, foram viajar e a família teve um dia de 'despedida', em que tudo correu normalmente, mas que no final sua irmã lhe contou o que J. havia lhe falado. D. negou os fatos e que se separaram, indo morar em Sorocaba. Disse que trabalhava fora, com horário das 07 às 19 horas, mas que depois que sua filha mais nova nasceu, passou a trabalhar em casa, casa que ficava bem próxima a de seus familiares. Quanto a D., sempre trabalhou. Afirmou que o relacionamento da vítima e do réu era 'normal', assim como o que tem com a outra filha. Mantem contanto com J., mas somente o necessário e que ela não toca no assunto. Na época em que os fatos vieram à tona, mudaram de bairro por conta do assunto que se tornou público, e que J. ficou contente com a saída de D. do lar. Contou que J. tinha mais afinidade com suas tias, que moravam perto. D. ficou 'depressivo' quando ficou sabendo de tudo e que sempre trabalhou pensando no futuro das filhas.

Não há dúvida da pratica delitiva pelo autor, consoante o que já fora pontuado acima, o contexto familiar, a verossimilhança das declarações da vítima, o relato da psicóloga responsável pelo atendimento e a sabida tendência de que alguns familiares assumem quanto a aceitação desta pratica criminosa no ambiente que comungam, pois seu conteúdo é abjeto.

Ainda prosseguindo na análise probatória dos autos, a existência de vestígios materiais que reflitam a pratica de relações sexuais, é despecienda a configuração do crime previsto no artigo 217 do Código Penal. A uma, porque nem todo ato sexual passível de enquadrar-se no tipo penal apresenta vestígio material detectável no corpo da vítima, a duas, porque a materialidade delitiva pode ser demonstrada por qualquer meio de prova admissível, não se vinculando exclusivamente ao laudo de exame de corpo de delito.

Ementa: Crime contra os costumes. Atentado Violento ao Pudor – Violência Presumida – Palavra da vítima – Valor probante – Exame de corpo de delito negativo – Irrelevância – Delito que raramente deixa vestígios – Prova oral Suficiência. Palavra da vítima que em hipótese de crimes sexuais, assume preponderante importância, por ser a principal, senão a única prova de que dispõe a acusação para demonstrar a responsabilidade do réu Pena-base fixada e concretizada no piso – Regime prisional inicial semiaberto – Adequação – Recurso a que se nega provimento. (TJSP 0097707-42.2005.8.26.0050 Apelação Relator(a): Ivo de Almeida Comarca: São Paulo Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Criminal Data do julgamento: 16/04/2012 Data de registro: 21/04/2012 Outros

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Atentado violento ao pudor. Relato da ofendida coerente e seguro, em sintonia com os depoimentos das demais testemunhas. Ausência de vestígios que não tem condão de afastar a realidade do atentado violento ao pudor. Condenação bem decretada. A causa especial de aumento de pena prevista no art. 9º da

Acesso ao Sumário

Lei nº 8.072/90 só incide nos delitos sexuais (atentado violento ao pudor e estupro) cometidos com violência presumida, quando ocorrer o resultado lesão corporal ou morte, sob pena de se incorrer em bis in idem. Parcial provimento. (0002309-62.2007.8.26.0094 Apelação Relator(a): Paulo Rossi Comarca: Brodowski Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Criminal Data do julgamento: 06/12/2010 Data de registro: 04/01/2011 Outros números: 990103555090).

Anote-se ainda, que no caso sob testilha, o ato sexual deu-se sob a égide da violência presumida, tendo em vista a idade da vítima, seviciada desde seus 05 anos de idade pelo genitor. Inaplicável, portanto, a análise de vestígios materiais da violência que se revelariam em exame de corpo de delito. Desta forma, os laudos acostados serviriam tão somente para corroborar o ato sexual, e a ausência de constatação não implica na inexistência do ato, pois nos crimes sexuais realizados sob esta espécie de violência, dificilmente são detectáveis no corpo das vítimas vestígios do ato sexual, quer pela cicatrização do próprio corpo, quer pela existência de atos que implicam em alterações físicas.

A prova dos autos submete-se a apuração do julgador, destinatário final e embora a tese defensiva seja pela fragilidade do conteúdo probatório, pela inverossimilhança e dubiedade do depoimento da vítima, a conclusão desta magistrada é pela suficiência dos elementos que evidenciam a autoria delitiva.

Impõe-se ainda o reconhecimento da continuidade delitiva, vez que a conduta reiterou-se por aproximadamente 10 anos (de 2001 a 2012) observada a identidade de vítima, maneira de execução, local e tempo (condutas com lapso inferior a 30 dias). Assim, considerada a pena de um só crime, posto que idênticas, esta restara acrescida nos termos do artigo 71 do Código Penal. A relação de ascendência do réu sobre a vítima, também autoriza a incidência da causa de aumento de pena prevista no artigo 226, incisão II do Código Penal.

Neste ínterim, pacifica a jurisprudência pela irrelevância do inicio da conduta sob a vigência de lei anterior mais benéfica, vez que a cessação da conduta deu-se apenas na vigência da posterior mais gravosa (Lei 12015/09).

CRIMINAL. RESP. SONEGAÇÃO FISCAL. CONTINUIDADE DELITIVA, INICIADA SOB A VIGÊNCIA DE LEI ANTERIOR MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO DE LEI POSTERIOR MAIS GRAVOSA. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO, SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU RESTABELECIDA. Aplica-se a lei nova, ainda que mais gravosa ao réu, quando a sua vigência é anterior à cessação da continuidade do fato criminoso. Precedentes. Recurso provido, restabelecendo-se a sentença monocrática (STJ – Recurso Especial 107387 1996/0057445-6, data de publicação 04/02/2002)" (fls. 158/167, vol. 1).

Nos termos acima delineados, em desfavor da negativa do apelante D.

Acesso ao Sumário

em Juízo (fls. 124 – mídia digital, fls. 127, vol. 2), encontram-se os relatos feitos pela vítima J. L. do N., em Pretório (fls. 101), uníssonos e harmônicos em seus relatos, pelo que lugar não há para duvidar da prática delituosa descrita na inicial acusatória.

Destaque-se que as declarações da vítima assumem vital importância, constituindo-se em valioso elemento de convicção no que pertine à apuração de crimes contra a liberdade sexual, visto que aqueles são, quase sempre, perpetrados na clandestinidade, à vista unicamente de seus protagonistas (nesse sentido: STF, AgR AI nº 855.942/MG, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, v.u., j. 28.05.2013, DJe 109; STF, HC nº 109.390/MS, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, v.u., j. 18.09.2012, DJe 198).

A vítima J. L. do N. contava com menos de 14 (quatorze) anos de idade (conforme informações constantes da cópia do documento da vítima – fls. 20, vol. 1), à época dos fatos.

Em razão de tais fatos, inegável reconhecer que a materialidade e a autoria delitivas estão demonstradas, com clareza e nitidez, especialmente pela prova oral acusatória, observado, também, que, em se tratando de crime de estupro de vulnerável, se evidenciou que o apelante D., em relação aos fatos, se posicionou de acordo com o tipo penal do artigo 217-A do Código Penal, sem esquecer, outrossim e repetindo, que as provas colhidas, tanto na fase administrativa, quanto na judicial, militam em seu desfavor.

O resultado negativo do laudo pericial realizado (conjunção carnal – fls. 17/18, vol. 1) não obsta a caracterização da materialidade do delito, pois a conclusão do citado laudo, no sentido da ausência de lesões corporais, não tem, por si só, o condão de estabelecer que não existem provas da materialidade do crime. A prova técnica não é a única que comprova a existência do delito, sobretudo porque o delito de estupro de vulnerável pode ser consumado sem deixar vestígios (nesse sentido: STF, AgR ARE nº 691.285/MG, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, v.u., j. 11.12.2012, *DJe* 29; STF, HC nº 74.302/RS, Relator Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, v.u., j. 26.11.1996, *Ementário* 2588-1/1; STJ, HC nº 390.463/SP, Relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, v.u., j. 13.06.2017, *DJe* 22.06.2017; STJ, RHC nº 80.817/MS, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, v.u., j. 21.03.2017, *DJe* 29.03.2017; STJ, AgRg no AgRg no Ag nº 1.237.839/MG, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, v.u., j. 26.10.2010, *DJe* 22.11.2010).

Acesso ao Sumário

Deve ser destacado que, na época dos fatos – desde o ano de 2001 até o ano de 2012 –, já estava em vigor a Lei nº 12.015/09, a qual alterou profundamente as respectivas figuras penais.

Antes do advento da Lei nº 12.015/09, era entendimento consolidado de

que era absoluta a presunção de violência que tinha previsão no artigo 224, "a", do Código Penal. A respeito, o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

> *"EMENTA: HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS. CONSENTIMENTO E EXPERIÊNCIA ANTERIOR. IRRELEVÂNCIA. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. CARÁTER ABSOLUTO. ORDEM DENEGADA.*
>
> *Para a configuração do estupro ou do atentado violento ao pudor com violência presumida (previstos, respectivamente, nos arts. 213 e 214, c/c o art. 224, a, do Código Penal, na redação anterior à Lei 12.015/2009), é irrelevante o consentimento da ofendida menor de quatorze anos ou, mesmo, a sua eventual experiência anterior, já que a presunção de violência a que se refere a redação anterior da alínea a do art. 224 do Código Penal é de caráter absoluto. Precedentes (HC 94.818, rel. min. Ellen Gracie, DJe de 15.8.2008). Ordem denegada."*
>
> (STF, HC nº 99.993/SP, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, v.u., *RJSP* vol. 57, nº 386, 2009, págs. 185/188).
>
> No mesmo sentido: STF, HC nº 109.206/RS, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, j. 18.10.2011, *DJe* 217.

O entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça está alinhado com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

> *"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA LIBERDADE SEXUAL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PRESUNÇÃO DE CARÁTER ABSOLUTA. EMBARGOS PROVIDOS.*
>
> *1. O art. 224 do CPB prevê algumas circunstâncias, dentre as quais está inserida a menor de 14 anos, em que ainda não haja efetiva violência física ou real, esta será presumida, diante de uma certa restrição na capacidade da vítima de se posicionar em relação aos fatos de natureza sexual.*
>
> *2. Estando tal proteção apoiada na innocentia consilii da vítima, que não pode ser entendida como mera ausência de conhecimento do ato sexual em si, mas sim como falta de maturidade psico-ética de lidar com a vida sexual e suas conseqüências, eventual consentimento, ainda que existente, é desprovido de qualquer valor, possuindo a referida presunção caráter absoluto. Precedentes do STJ e STF.*
>
> *3. O MPF manifesta-se pelo provimento dos embargos.*
>
> *4. Embargos de Divergência providos."*
>
> (STJ, EREsp nº 666.474/MG, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, j. 10.09.2008, *DJe* 03.04.2009).

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido: STJ, EREsp nº 688.211/SC, Relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, j. 08.10.2008, *DJe* 17.11.2008.

A propósito do tema, lecionava **Julio Fabbrini Mirabete**: "*A primeira hipótese de violência presumida, indutiva ou ficta, é de ser a vítima menor de 14 anos. Embora seja certo que alguns menores, com essa idade, já tenham maturidade sexual, na verdade não ocorre o mesmo com o desenvolvimento psicológico. Assim, o fundamento do dispositivo é a circunstância de que o menor de 14 anos não pode validamente consentir, pelo desconhecimento dos atos sexuais e de suas conseqüências, o que torna seu consentimento absolutamente nulo*" ("***in***" "*Código Penal Interpretado*", 5ª ed., 2005, Ed. Atlas, São Paulo, pág. 1846).

E assim era direcionada a Exposição de Motivos do Código Penal, em seu item 70: "*com a redução do limite de idade, o projeto atende à evidência de um fato social contemporâneo, qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a innocentia consilii do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento*".

Nesse contexto, indubitável que a "***mens legis***" do preceito legal supramencionado visava, justamente, a proteger as crianças e adolescentes menores de 14 (quatorze) anos, pessoas incapazes de discernir, fazer opções responsáveis e maduras sobre sua sexualidade e tomar atitudes pelas quais podiam responsabilizar-se. Daí que, para a caracterização do delito, era prescindível a comprovação do consentimento da vítima, bastando a prova de sua menoridade, hipótese em que se presumia a violência do ato.

Por conta da imaturidade, então, não importa o consentimento da criança ou adolescente com as relações sexuais, pois que ainda não tem condições de fazê-lo responsavelmente.

E a Lei nº 12.015/09, que passou a reger a matéria, acabou por sedimentar a questão, não trazendo mais a violência como elementar do tipo do estupro de vulnerável, afastando, por completo, qualquer incursão no campo do consentimento ou não da vítima, bastando, à configuração do crime, ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos.

Acesso ao Sumário

Não bastasse isso, a nova Lei ampliou as penas para patamares mais elevados: de 08 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão, reafirmando a gravidade desse tipo de delito.

De qualquer forma, na hipótese em tela, nem mesmo é possível afirmar terem sido consentidas as relações sexuais mantidas entre a pré-adolescente e o apelante, que já contava com 58 (cinquenta e oito) anos de idade (fls. 20, vol. 1).

Assim sendo, irrelevante, na espécie, o consentimento, ou não, da vítima,

com as práticas sexuais ocorridas.

Da jurisprudência pacificada do Colendo Superior Tribunal de Justiça, quanto à configuração do delito do artigo 217-A do Código Penal:

> *"O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente."*
>
> (Súmula nº 593, Terceira Seção, j. 25.10.2017, *DJe* 06.11.2017).
>
> *"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CP. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. DELITO CONSUMADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
>
> *1. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, 'o delito de estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima, incluindo toda ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo, seja sucedâneo da conjunção carnal ou não, evidenciando-se com o contato físico entre o agente e a vítima durante o apontado ato voluptuoso' (HC 264.482/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 23/6/2015, DJe 3/8/2015). Assim, o crime de estupro de vulnerável, na redação dada pela Lei n. 12.015/2009, configura-se quando o agente mantém conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso contra menor de 14 (catorze) anos, sendo irrelevante, ainda, o consentimento da vítima.*
>
> *2. Diante do quadro delineado, não há como afastar a prática do crime previsto no art. 217-A do Código Penal, na forma consumada, visto que ficou incontroverso a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal destinados à satisfação da lascívia do acusado, uma vez que se trata de efetivo contato corpóreo com a vítima, tendo o agravante passado a mão nos seios e nas pernas da criança, com o propósito único de satisfação de seu desejo sexual.*
>
> *3. É inadmissível que o julgador, de forma manifestamente contrária à lei e utilizando-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, reconheça a forma tentada do delito, em razão da alegada menor gravidade da conduta (REsp 1313369/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, 6T., DJe 5.8.2013). Nessa linha, ao contrário do decidido pela Corte de origem e também em respeito ao princípio da proporcionalidade, a gravidade da conduta não pode ser considerada para a tipificação do delito, mas deve incidir na culpabilidade do agente, para aplicação da sanção penal. (REsp 1561653/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 24/05/2016).*

Acesso ao Sumário

4. De qualquer forma, a matéria referente ao princípio da proporcionalidade é de natureza constitucional e deve ser apreciada pelo STF, se e quando provocados.

5. Agravo regimental não provido."

(STJ, AgRg no REsp nº 1.588.214/RS, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, v.u., j. 23.08.2016, DJe 29.08.2016).

"RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. ADEQUAÇÃO SOCIAL. REJEIÇÃO. PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/09, era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, 'a', do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anuísse voluntariamente ao ato sexual (EREsp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010).

2. No caso sob exame, já sob a vigência da mencionada lei, o recorrido manteve inúmeras relações sexuais com a ofendida, quando esta ainda era uma criança com 11 anos de idade, sendo certo, ainda, que mantinham um namoro, com troca de beijos e abraços, desde quando a ofendida contava 8 anos.

3. Os fundamentos empregados no acórdão impugnado para absolver o recorrido seguiram um padrão de comportamento tipicamente patriarcal e sexista, amiúde observado em processos por crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai inicialmente sobre a vítima da ação delitiva, para, somente a partir daí, julgar-se o réu.

4. A vítima foi etiquetada pelo 'seu grau de discernimento', como segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que 'nunca manteve relação sexual com o acusado sem a sua vontade'. Justificou-se, enfim, a conduta do réu pelo 'discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento', não se atribuindo qualquer relevo, no acórdão vergastado, sobre o comportamento do réu, um homem de idade, então, superior a 25 anos e que iniciou o namoro – 'beijos e abraços' – com a ofendida quando esta ainda era uma criança de 8 anos.

5. O exame da história das ideias penais – e, em particular, das opções

Acesso ao Sumário

de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro – demonstra que não mais se tolera a provocada e precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes por adultos que se valem da imaturidade da pessoa ainda em formação física e psíquica para satisfazer seus desejos sexuais.

6. De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e emocional do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser, por comando do constituinte (art. 226 da C.R.), compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com inúmeros reflexos na dogmática penal.

7. A modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psiquicamente fragilizados. No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas - em menor ou maior grau - legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar.

8. Não afasta a responsabilização penal de autores de crimes a aclamada aceitação social da conduta imputada ao réu por moradores de sua pequena cidade natal, ou mesmo pelos familiares da ofendida, sob pena de permitir-se a sujeição do poder punitivo estatal às regionalidades e diferenças socioculturais existentes em um país com dimensões continentais e de tornar írrita a proteção legal e constitucional outorgada a específicos segmentos da população.

9. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença proferida nos autos da Ação Penal n. 0001476-20.2010.8.0043, em tramitação na Comarca de Buriti dos Lopes/PI, por considerar que o acórdão recorrido contrariou o art. 217-A do Código Penal, assentando-se, sob o rito do Recurso Especial Repetitivo (art. 543-C do CPC), a seguinte tese: Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não

Acesso ao Sumário

afastam a ocorrência do crime."

(STJ, REsp nº 1.480.881/PI, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, v.u, j. 26.08.2015, *DJe* 10.09.2015).

No mesmo sentido: STJ, HC nº 310.964/SP, Relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, v.u., j. 03.05.2016, *DJe* 12.05.2016; STJ, AgRg no REsp nº 1.577.738/MS, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, v.u., j. 10.03.2016, *DJe* 16.03.2016; STJ, AgRg no REsp nº 1.536.880/ES, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, v.u., j. 02.02.2016, *DJe* 15.02.2016.

O ônus da prova, quanto alegado pelo réu-apelante, cabia à sua defesa (nesse sentido: STF, HC nº 96.099-5/RS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 19.02.2009, *LEXSTF* vol. 31, nº 367, 2009, págs. 410/427; STF, HC nº 68.964-/7SP, Relator Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, v.u., *Ementário* 1741-3/444; STF, HC nº 70.742-4/RJ, Relator Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, *Ementário* 1997-2/251), na forma preconizada no artigo 156 do Código de Processo Penal, que dispõe que o ônus da prova incumbe a quem a alega, que não se desincumbiu dessa tarefa (fls. 175/224, vol. 1), fortalecendo, assim, a análise do conjunto probatório no sentido da manutenção da condenação do recorrente.

Relevante observar que o réu afirma que a vítima deve ter inventado que os fatos ocorreram porque foi proibida de ir a uma festa.

Apenas por amor a argumentação, admitindo-se que a vítima poderia ter ficado com raiva por ser impedida de ir a uma festa e por isso tivesse inventado que os fatos ocorreram, por certo essa raiva não duraria tanto tempo, eis que, entre a época que a proibição aconteceu e a audiência muitos anos se passaram, não sendo crível que, por um motivo tão insignificante a raiva permanecesse.

No que tange à pena cominada, todavia, deve ser retificada, conforme os termos do recurso do Representante do Ministério Público (razões, fls. 251/255, vol. 2).

Acesso ao Sumário

No caso em análise, verifica-se que a escolha da fração aplicada pela continuidade delitiva baseou-se na quantidade de delitos perpetrados (fls. 166/167, vol. 1: "*Impõe-se ainda o reconhecimento da continuidade delitiva, vez que a conduta reiterou-se por aproximadamente 10 anos [de 2001 a 2012] observada a identidade de vítima, maneira de execução, local e tempo (condutas com lapso inferior a 30 dias). Assim, considerada a pena de um só crime, posto que idênticas, esta restara acrescida nos termos do artigo 71 do Código Penal*") e, assim sendo, tendo sido incontáveis as ações delitivas contra a vítima, adequada a escolha da fração máxima de 2/3 (dois terços), conforme o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO

PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ANÁLISE DESFAVORÁVEL DAS CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. RESPEITO À DISCRICIONARIEDADE. PENA MANTIDA. CONTINUIDADE DELITIVA. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INSURGÊNCIA DEFENSIVA CONTRA A FRAÇÃO ESCOLHIDA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NA UTILIZAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3. INCONTÁVEIS DELITOS DURANTE LONGO PERÍODO DE TEMPO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- No caso, a pena-base afastou-se de 1/3 do mínimo legal com lastro em fundamentação idônea, diante da valoração desfavorável das circunstâncias e das consequências do crime, às quais foi empregado maior rigor, pelo fato de os abusos feitos pelo próprio genitor terem ocasionado a gravidez da vítima, à época com 13 anos de idade, e posterior colocação da criança em programa de adoção, com a ida da ofendida para outra unidade da federação, decorrente do trauma, da humilhação e do bullyng escolar sofridos, demonstrando que a conduta do agente extrapolou o tipo penal violado, merecendo, portanto, maior repreensão. Precedentes.

- Logo, respeitando a discricionariedade vinculada do julgador, deve ser mantida a pena- base aplicada - 10 anos e 8 meses de reclusão -, pois proporcional à gravidade concreta do crime e à variação das penas abstratamente cominadas ao tipo penal violado, qual seja, 8 a 15 anos de reclusão.

- Os argumentos defensivos de que ocorreu um crime único e que a palavra da vítima não serve para alicerçar a conclusão de que houve vários delitos praticados não merecem acolhida, pois ensejam revolvimento

Acesso ao Sumário

fático-probatório, incabível na estreita via do habeas corpus, de cognição sumária. Precedentes.

- Esta Corte Superior firmou a compreensão de que a fração de aumento no crime continuado é determinada em função da quantidade de delitos cometidos, 'aplicando-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações' (HC n. 342.475/RN, Sexta Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 23/2/2016).

- No caso, ficou suficientemente atestada a continuidade delitiva e a reiteração das infrações contra a vítima, que sofreu a violência sexual durante quatro anos Assim, tratando-se de incontáveis crimes, o quantum de exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, pela configuração do crime continuado, deve ser no patamar máximo legal de 2/3, estando o acórdão recorrido, portanto, alinhado à jurisprudência desta Corte. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido."

(STJ, HC nº 412.651/SP, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, v.u., j. 14.11.2017, *DJe* 24.11.2017).

No mesmo sentido: STJ, HC nº 370.225/SP, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, v.u., j. 07.02.2017, *DJe* 21.02.2017; STJ, REsp nº 1.377.150/MG, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, v.u., j. 21.02.2017, *DJe* 06.03.2017; STJ, HC nº 174.573/SC, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, v.u., j. 29.08.2013, *DJe* 12.09.2013.

Nos termos acima delineados, em estrita observância do método trifásico (disposto nos artigos 59 e 68 do Código Penal), majorando-se o índice de continuidade delitiva aplicado em 1ª Instância (fls. 167/168, vol. 1) para 2/3 (dois terços), resulta-se em 22 (vinte e dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, pena que se torna definitiva, por inexistirem quaisquer outras causas de aumento ou de diminuição.

Por derradeiro, correta, também, a fixação do regime inicial fechado, para o desconto da reprimenda corporal (fls. 168, vol. 1).

Contudo, considerando que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão extraordinária realizada em 27.06.2012, por ocasião do julgamento do HC nº 111.840/ES (Relator Ministro Dias Toffoli, *DJe* 249), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do parágrafo 1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, ficando assentado que o dispositivo em questão contraria a Constituição Federal no ponto em que trata do princípio da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI, da CF/88). Ainda assim, o regime inicial para o

Acesso ao Sumário

cumprimento da pena segue o fechado, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal, tendo em vista o "***quantum***" de pena aplicada.

Observe-se que o rigorismo é consectário da forma como deverá ser iniciado o cumprimento da corporal, a qual, como posta na norma, não está vinculada somente ao quantitativo de privativa de liberdade definido no ato sentencial, mas, também, na análise das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal (verifica-se que a culpabilidade se afasta da linha de normalidade, considerando que há motivo para especial reprovabilidade da conduta que ora se examina: o apelante é genitor da vítima (fls. 20, vol. 1: cópia da certidão de nascimento da vítima J. L. do N.); não há registros que se considerem maus antecedentes criminais [vide fls. 70/vº, vol. 1]; a conduta social não foi desabonadora; a análise de personalidade do agente está prejudicada pela ausência de elementos técnicos de profissionais de área psiquiátrica/psicológica capacitados a este exame; os motivos não foram nada nobres [satisfação da lascívia do réu]), em conjunto com as disposições contidas no artigo 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal, as circunstâncias judiciais são majoritariamente desfavoráveis ao apelante.

A jurisprudência não discrepa:

"Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 5º, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONTROVÉRSIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. OFENSA REFLEXA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282 DO STF.

1. Se o réu foi assistido por advogado constituído durante toda a instrução processual e sua defesa deixou de arrolar determinadas testemunhas, conclui-se que foi adotada estratégia que entendeu pela sua desnecessidade. Tal prática, por si só, não autoriza concluir que foram violados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

2. O recurso extraordinário não se presta ao exame de questões que demandam revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, em face da incidência da Súmula 279/STF que dispõe, verbis: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

3. Os princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e dos limites da coisa julgada, quando debatidos sob a ótica infraconstitucional, revelam uma violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional, o que torna inadmissível

Acesso ao Sumário

o recurso extraordinário. Precedentes: ARE 675.340-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 17/5/2012, e ARE 741.324-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 4/9/2013.

4. O prequestionamento da questão constitucional é requisito indispensável à admissão do recurso extraordinário. A Súmula 282 do STF dispõe, verbis: 'É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada'.

5. A alegação tardia da matéria constitucional, só suscitada em sede de embargos de declaração, não supre o requisito do prequestionamento. Precedentes: RE 598.123-AgR/PI, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, e AI 521.577-AgR/PE, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma.

6. In casu, o acórdão recorrido assentou: 'APELAÇÃO – Art. 217-A do CP – Pena: 13 anos e 4 meses de reclusão, regime fechado. Apelante, de forma livre e consciente, para satisfação de sua lascívia, introduziu o dedo na vagina de uma criança de, apenas, 09 meses de idade, conforme laudo pericial. Sem razão a defesa: Impossível a absolvição: A materialidade e autoria restaram demonstradas pelo laudo de exame de corpo de delito/conjunção carnal bem como pela prova oral colhida em Juízo. Mãe da vítima narrou de forma coerente, detalhada e uníssona a atuação delituosa, tanto em sede policial como em Juízo. Corroborando suas declarações temos o depoimento do Policial Civil. Tais depoimentos narram toda a dinâmica criminosa tendo o apelante como autor do delito de estupro de vulnerável. Depoimento da genitora da vítima reveste-se de extrema relevância, ainda mais quando se coaduna com os outros elementos angariados aos autos. Inegável que o apelante, consciente e voluntariamente, com o intuito de satisfazer sua lascívia, introduziu o seu dedo na vagina da vítima que, à época, contava com apenas 9 meses de idade. Manutenção da sentença. - DESPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO.' (grifos no original).

7. Agravo regimental DESPROVIDO."

(STF, AgR ARE nº 806.523/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, v.u., j. 14.10.2014, *DJe* 224).

No mesmo sentido: STF, HC nº 105.764/MG, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, v.u., j. 13.04.2011, *DJe* 84; STF, HC nº 103.011/RN, Relatora Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, v.u., j. 24.08.2010, *LEXSTF* vol. 32, nº 382, 2010, págs. 450/453.

Dá-se, pois, provimento ao recurso ministerial, para condenar D.G.N. à pena de 22 (vinte e dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, por violação do artigo 217-A, c.c. o artigo 226, inciso II, c.c. o artigo 71, todos do Código Penal; e nega-se provimento ao recurso de D.G.N.

Consolidado o entendimento do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária de 05 de outubro de 2016, daquele que prevaleceu no HC nº 126.292/SP, Relator Ministro Teori Zavascki, no sentido de que, exaurida a possibilidade de tramitação de recursos em segunda instância, ainda que pendentes recursos especial e extraordinário sem efeito suspensivo, possível a determinação de início imediato do cumprimento da pena, determino a expedição de mandado de prisão depois de decorrido o prazo para interposição de recursos ordinários contra a presente decisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011402-26.2016.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado LUCAS DA SILVA FERNANDES.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM provimento parcial ao apelo, cumprida a determinação do e. STJ, exarada no HC 453.424 (fls. 491/492), para, (i) mantida a pena imposta na apelação originária, (ii) abrandar o regime para semiaberto e (iii) permitir ao apelante que aguarde em liberdade até o trânsito em julgado, quando então será expedido o respectivo mandado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.822)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), AMARO THOMÉ e SILMAR FERNANDES.

São Paulo, 11 de outubro de 2018.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Ementa: Tráfico de Entorpecentes. Condenação em 1º grau com redutor. Apelo ministerial. Acolhimento para restringir o redutor na fração de 1/6, mesma oportunidade em que a turma reduziu a pena-base ao mínimo, recusados o aberto e medidas alternativas. Interposição de *habeas corpus* junto ao e. Superior Tribunal de Justiça. Concessão de ordem no bojo do HC 453.424 para refazimento da dosimetria. Afirmação de que operou-se odioso e defeso *bis in idem*, empregado o mesmo argumento, quantidade e natureza das drogas, 31 microtubos de cocaína

Acesso ao Sumário

totalizando 25,27 gramas, em duas fases. Retorno para emprego do argumento apenas numa fase e reexame do regime inicial e mesmo a concessão de restritivas de direitos. Aresto desta Câmara que, em consonância com repercussão geral afirmada pelo col. STF (ARE 666.334), já retirara, na 1ª fase da dosimetria, a majoração determinada em 1º grau, apenas empregada a quantidade e natureza dos estupefacientes na 3ª fase, para modulação do redutor. Manutenção da pena em cumprimento do reexame determinado pelo e. STJ, operada, contudo, a detração. Apelo provido em parte atendida a ordem do e. STJ.

VOTO

Relatório

Em 1º grau o apelante foi condenado por tráfico privilegiado (art. 33, §4º da lei 11.343/2006) e na sessão de 19.4.2018 esta 9ª Câm. Criminal acolheu apelo ministerial para, pese mantido o redutor, baixar a correspondente fração, de sorte que a condenação resultou em 4 anos e 2 meses de reclusão e 416 dias-multa, a começar no regime fechado, rejeitadas quaisquer restritivas de direitos (fls. 373/384).

Retornam os autos para cumprimento da ordem do e. STJ, contida no interior de seu HC 453.424/SP, rel. o e. Min. **JOEL ILAN PACIORNIK**, que identificou o que seria um erro em nosso aresto, equívoco aquele em dissonância com repercussão geral julgada pelo col. STF (ARE 666.334), por conta de termos adotado o elemento "quantidade dos estupefacientes e sua natureza" (25,27 gramas de cocaína repartidas em 31 microtubos) em duas fases diferentes na formulação da pena, tanto na fixação a maior da pena-base, quanto em sede de repetição do tema para baixar a 1/6 a fração do redutor do §4º.

É o resumo do quanto necessário.

Voto n. 40.822

Estamos cumprindo ordem do e. STJ, que transcrevo:

"(...)

Ante o exposto, não conheço do presente habeas corpus, mas concedo a ordem, de ofício, para determinar a remessa dos autos ao Tribunal *a quo* para que proceda à nova dosimetria da pena do paciente, limitando-se a utilizar a circunstância relativa à natureza e quantidade da droga apreendida somente em uma das etapas do cálculo da pena e verifique, por conseguinte, o regime prisional adequado, nos termos dos arts. 33 e 59, ambos do CP, c/c o art. 42

da Lei n. 11.343/2006, bem como eventual possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal (...)" (HC 453.424, rel. Min. **JOEL ILAN PACIORNIK**, publ. 10.9.2018).

Considerando o que dos autos consta, devidamente reexaminados por este subscritor, quem, em verdade, aumentou a pena-base na primeira fase foi o MM Juiz de 1º grau. Nossa turma recursal, **descartando o mesmo argumento**, no recurso de apelação **baixou a pena-base ao mínimo**, confira-se a fls. 265 (sentença), **376 e 379** (nosso acórdão), 403 (razões do recurso especial), 487, 491 e 492 (v. Acórdão do e. STJ).

A Defesa, inadvertidamente, confundiu o e. STJ imputando à 9ª Câm. a elevação da pena-base, o que, repito, somente aconteceu em primeiro grau e, nesta Instância, a sobredita majoração foi expressamente descartada no apelo.

O argumento "quantidade de estupefacientes" **somente foi empregado na terceira fase** para, em respeito à isonomia (padrões adotados por nosso colegiado), adequar o privilégio a 1/6, comparando o montante apreendido com circunstâncias correspondentes a outros autos (proporcionalidade).

Noutras palavras, data vênia, e sempre preservado o nosso mais elevado respeito ao e. Superior Tribunal de Justiça, **nossa Câmara não empregou o tema por duas vezes.**

Ainda incidiu o verbete 231 do mesmo e. STJ, inviável o emprego da confissão para levar a básica aquém do mínimo, orientação jurisprudencial paradigmática e que continua a prevalecer naquele Sodalício, novamente referendada na sessão de 16.8 passado, confira-se no HC 454.133/GO, DJe 23.8.2018.

Passo igualmente a examinar os dois outros temas agitados na impetração.

Primeiramente, que não é viável a incidência das alternativas por conta do art. 44, I e III do Cód. Penal. A dimensão temporal não comporta o benefício. Quem trafica cocaína não merece restritivas de direitos (motivos e circunstâncias).

Porém, reexaminando os autos, vejo que deu-se ao réu oportunidade para recorrer em liberdade – ele até interpôs Recurso Especial.

Ficou preso da flagrância (22.6.2016) até a ordem de soltura ainda em 1º grau (26.6.2017). Ou seja, ficou mais de um ano preso. Possível, pois, em nome da detração, determinar sua promoção ao regime semiaberto, considerando inexistência de notícia de recidiva.

De todo o modo, se aplicado o redutor de 1/6 sobre a mínima prevista para a pena base (que foi o que fizemos quando do julgamento da apelação), o resultado final é de 4 anos e 2 meses de reclusão, com imposição de 416 dias-multa. Salvo melhor juízo, isso afastou a dupla incidência do mesmo argumento.

Acesso ao Sumário

A majoração da 1ª fase foi removida neste grau. A defesa confundiu o argumento ao tratar do fato acontecido em 1º grau e, repito e insisto, restou por este subscritor corrigido nesta Instância, exatamente em apreço da uniformização de jurisprudência advindo do col. STF.

Em razão das circunstâncias, pois, excepcionalmente, aguarde-se o trânsito em julgado para expedição do mandado de prisão, nisso também retificado o nosso primeiro aresto, em homenagem à autoridade do e. STJ, que, cf. nos foi dado ver, prepara-se para, em sede de recurso especial, reexaminar o ponto em sede de recurso especial.

Ante o exposto, **dou provimento parcial ao apelo**, cumprida a determinação do e. STJ, exarada no HC 453.424 (fls. 491/492), para, (i) mantida a pena imposta na apelação originária, (ii) abrandar o regime para semiaberto e (iii) permitir ao apelante que aguarde em liberdade até o trânsito em julgado, quando então será expedido o respectivo mandado.

Comunique-se ao MM Juiz e ao e. STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011851-71.2015.8.26.0079, da Comarca de Botucatu, em que é apelante JOSÉ ROBERTO HONORATO FILHO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao recurso. Comunique-se. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.574)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente sem voto), LAURO MENS DE MELLO e IVANA DAVID.

São Paulo, 4 de outubro de 2018.

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Ementa: TRÁFICO – ABSOLVIÇÃO – Impossibilidade – Segura demonstração da materialidade e autoria delitivas – Recurso defensivo desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Adotado o relatório da r. sentença atacada (fls. 250 e s.), que passa a fazer parte deste voto, cumpre acrescer que se trata de recurso de apelação interposto por **José Roberto Honorato Filho**, Inconformado com a decisão Que o condenou às penas de 6, anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, no regime inicial fechado, além do pagamento de 680 dias multa pela prática do crime previsto no artigo 33 da lei 11343/2016 .

A defesa, em suas razões de recurso (fls. 227/247), em síntese busca a absolvição por carência probatória ou a desclassificação da imputação para o crime previsto no artigo 28, da Lei 11.343/06. Subsidiariamente, pleiteia o abrandamento do regime e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

As contrarrazões foram ofertadas a fls. 268/270.

A Douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do apelo (fls. 277/285).

É o relatório.

Narra a denúncia que o apelante, no dia 24 de novembro de 2015, trazia consigo e mantinha em depósito, para fins de tráfico, 28 *parangas de maconha*, com peso líquido aproximado de 25,93 gramas.

A ilicitude da referida substância foi ratificada pelo laudo de fls. 129/132. Já a prova oral encontra-se em mídia digital.

Interrogado em juízo, **José** negou a prática delitiva. Afirmou que faz uso de *maconha* e de *crack*, bem como que, no dia dos fatos, apenas conversava com um rapaz (perguntando a ele quem era o dono da *biqueira*) quando foi abordado pela polícia. Foi conversar com o dono do ponto de tráfico (os pontos são comandados pela facção criminosa conhecida como PCC) para pedir autorização para voltar a residir com sua genitora. Afirmou que os milicianos disseram-lhe que, como não conseguiram deter o real traficante, falsamente atribuiriam a ele a prática delitiva.

Newton de Campos Pereira, policial militar, disse que recebeu uma ligação telefônica do policial Carvalho, dizendo-lhe que acabara de presenciar uma cena de tráfico de drogas. No local encontraram o réu, que tentou se evadir. Com ele foram descobertas três porções do entorpecente *maconha*, sendo encontrados, no mato, outros entorpecentes (mas não por Newton).

Wagner Carvalho, também policial militar, disse que chegava em sua casa quando viu dois sujeitos. Um deles entregava algo para o outro, recebia algo, possivelmente dinheiro, e, posteriormente, escondia algo no mato. Decidiu abordá-los, mas um deles fugiu e o outro entrou em lutar corporal com ele,

Acesso ao Sumário

conseguindo fugir (mas sendo encontrado posteriormente). Do local de onde ele fugiu encontraram 25 porções de entorpecentes. Posteriormente, com o réu, foram encontradas outras três porções.

Essas as provas dos autos, diante das quais perde força o pleito absolutório formulado.

A negativa do apelante, fundada na tese de injusta perseguição policial, se viu isolada nos autos.

De início, se viu carente de efetivas provas. A alegada inimizade entre réu e Wagner, por ele sustentada em audiência, foi negada pela testemunha e não foi roborada por qualquer elemento probatório.

Diante disso, não se nota qualquer razão concreta para que o policial militar buscasse imputar ao réu, falsamente, o grave crime pelo qual se viu condenado.

Outrossim, mesmo a razão para o réu se encontrar no palco dos acontecimentos se viu carente de confirmação, inexistindo qualquer indício de que ele apenas tentava estabelecer diálogo com um membro de uma facção criminosa, buscando sua permissão para reatar os laços com sua mãe.

Por tais razões, suficientemente provada não apenas a posse dos entorpecentes encontrados, mas também a ocorrência de efetivo ato de comércio, tendo a testemunha Wagner vislumbrado atitude típica de tráfico, com a entrega de algo, pelo réu, e obtenção de algo em retorno. Além disso, após essa troca o réu foi ao local de armazenamento das substâncias entorpecentes, estabelecendo seu vínculo com as drogas.

Diante dessa ação, igualmente demonstrado o intuito mercantil, como bem destacou o D. Juízo *a quo*. Essa conclusão é, ainda, reforçada pela quantidade de entorpecentes.

Em síntese, os autos, quando examinados em conjunto, não deixam dúvidas acerca do comércio espúrio realizado. Resta, apenas, a análise da pena e, com ela, o exame dos pleitos subsidiários.

Acesso ao Sumário

A pena-base foi, corretamente, exasperada pela mínima fração de um sexto diante dos maus antecedentes que carrega o réu (fls. 168), tornando- se 5 anos e 10 meses de reclusão, além de 583 dias-multa.

Na segunda fase, a reincidência (fls. 210/211) justificou novo acréscimo, pela mesma fração, elevando a pena a 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, além de 680 dias-multa.

Quanto à terceira fase, os maus antecedentes e a reincidência vedam a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, por expressa disposição legal.

Por derradeiro, o regime inicial imposto, fechado, decorre do quantum de

pena imposto, aliado à reincidência, em interpretação teleológica do artigo 33, do Código Penal. Diante disso, desnecessário até mesmo citar as desfavoráveis circunstâncias judiciais.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso. Comunique-se.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006786-13.2015.8.26.0462, da Comarca de (...), em que é apelante L.S.A., é apelado Ministério Público do Estado de São Paulo.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por v.u., REJEITARAM a matéria preliminar e no mérito, NEGARAM PROVIMENTO ao recurso. O E. Desembargador Andrade Sampaio declara voto convergente", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.282)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e ANDRADE SAMPAIO.

São Paulo, 20 de setembro de 2018.

SILMAR FERNANDES, Relator

Ementa: APELAÇÕES CRIMINAIS – Extorsão mediante sequestro cometido por quadrilha – Artigo 159, §1º, do Código Penal.

1. PRELIMINAR – Reconhecimento de nulidade por inépcia da inicial – Descabimento – O acusado se defende dos fatos e não da capitulação imposta – Eventual erro de capitulação não torna a exordial inepta provável viés político do delito não afasta seu cometimento – Enfrentamento de todas as teses defensivas – O julgador não está obrigado a refutar expressamente todas as teses, desde que pela motivação apresentada seja possível aferir as razões pelas quais acolheu ou rejeitou as pretensões – PRELIMINAR REJEITADA.

2. MÉRITO – Acervo probatório que justifica a procedência da ação penal – Autoria e Materialidade comprovadas – Investigações da Polícia Civil, em que se chegou a autoria do apelante e de outros comparsas

Acesso ao Sumário

– Interceptações telefônicas – Prova testemunhal comprovando os fatos – Insubsistente a alegação de insuficiência probatória – Desclassificação do delito – Descabimento – Restou tipificada a conduta do artigo159 do CP – Em que pese possível viés político, há claro interesse patrimonial – Ademais, o pedido de vantagem indevida a título de condição ou preço do resgate pode ser dirigida às próprias vítimas, como no caso dos autos – Pena – Dosimetria – Reprimenda aplicada de forma adequada – APELO NÃO PROVIDO.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 1.339/1.368, que julgou procedente a acusação e condenou L.S.A. à pena de 40 (quarenta) anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no artigo 159, §1º, do Código Penal, c.c. artigo 1º, inciso IV, da Lei nº 8.072/90, por duas vezes, na forma do artigo 69, *caput*, do Estatuto Repressor, bem como absolveu o acusado I.D.S. da prática dos mesmos delitos.

Inconformado, recorre L. buscando, preliminarmente, o reconhecimento de inépcia da denúncia por tipificação equivocada, bem como a nulidade da sentença pelo não enfrentamento da totalidade das teses defensivas. No mérito, pleiteia a absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, requer a desclassificação da conduta para o delito previsto no artigo 148, c.c. artigo 146, ambos do Código Penal, ou para o artigo 158, §3º do mesmo Diploma Legal. Por fim, busca o afastamento dos maus antecedentes e da reincidência, bem como o reconhecimento do concurso formal e a realização da detração penal (fls. 1.474/1.520).

Ofertadas contrarrazões (fls. 1.531/1.538), a d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 1.565/1.594).

Por fim, insta salientar que desses autos houve desmembramento em relação ao corréu J. M.S., processo nº 0001539-17.2016.8.26.0462, o qual me veio conclusos anteriormente, e será julgado sob o nº de voto 11.210.

É o relatório.

2. Primeiramente, não há que se falar em inépcia da inicial, tendo em vista que a peça inaugural (fls. 01/04) traz a conduta do acusado de forma clara.

Ressalto, *prima facie*, que o moderno processo penal consolida a regra matriz *pás de nullitè sans grief*, exigindo, pois, que o ato processual a ser declarado nulo tenha causado, efetivamente, prejuízo às partes e, de algum modo, tenha influenciado negativamente na apuração da verdade substancial ou

Acesso ao Sumário

decisão da lide penal, nos termos dos artigos 563 e 566, ambos do Código de Processo Penal, o que não se verificou, *in casu.*

Não obstante o alegado pela douta defesa, observo que a exordial acusatória preenche os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, descrevendo de forma clara o fato criminoso, suas circunstâncias e o suposto autor, possibilitando ao acusado defender-se dos fatos que lhe são imputados – e não da eventual capitulação destes – exercendo seu direito constitucional à ampla defesa, e permitindo ao julgador que exerça um juízo valorativo, não havendo falar-se, pois, em precariedade da inicial acusatória.

Nesse sentido, assente a jurisprudência. Confira-se

Não há falar em inépcia da denúncia desde que esta contenha "quantum satis", os necessários esclarecimentos de forma a possibilitar aos acusados conhecimento pleno do fato delituoso que lhes é imputado, permitindo-lhes ampla defesa e fornecendo ao julgador elementos para um juízo de valor (STJ - HC 1.194-5 - Rel. Flaquer Scartezzini - RT 689/402).

"Denúncia - Inépcia - Inocorrência - Peça que contém a descrição precisa dos fatos, esclarecendo a conduta delituosa do acusado, permitindo-lhe o exercício da defesa - Ordem denegada" (JTJ 210/305).

Importante ressaltar, ainda, que na denúncia não cabe análise aprofundada do mérito, sendo fase de mera admissibilidade da ação penal, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal: "*não se declara inepta a denúncia cujo teor permite o exercício do direito do contraditório e o da ampla defesa*" (HC 100968-ES, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 18.05.2010).

Ademais, mesmo que houvesse capitulação errônea, poderia o magistrado, à luz do artigo 383 do Código de Processo Penal, atribuir definição jurídica diversa, sem modificar a descrição dos fatos presentes na inicial.

Não bastasse, como se verá adiante, os fatos narrados na denúncia se amoldam ao crime de extorsão mediante sequestro.

Conforme artigo 159 do Código Penal tipifica-se a conduta em "*Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate.*"

Logo, a vítima pode ser tanto aquela que suporta o prejuízo patrimonial, como também a que foi privada de sua liberdade.

Dessa maneira, não é relevante que o pedido de resgate tenha sido feito às vítimas sequestradas diretamente.

Também não há que se cogitar a respeito do pedido de nulidade da r. sentença por supostamente a MMª Magistrada sentenciante não ter enfrentado as teses defensivas,

Isto porque, como é sabido, "*o julgador não está obrigado a refutar*

Acesso ao Sumário

expressamente todas as teses aventadas pela defesa, desde que pela motivação apresentada seja possível aferir as razões pelas quais acolheu ou rejeitou as pretensões deduzidas"[1].

De igual monta, não há sequer o que se cogitar a respeito de nulidade da decisão condenatória em razão de possível viés político na conduta do apelante.

Conforme bem decidido na r. sentença, ainda que os sequestradores estivessem imbuídos de viés político, e o que provavelmente ocorreu, restou configurado o pedido de vantagem econômica efetiva, restando, portanto, consumado o delito.

Aliás, como bem ressaltou a d. Procuradoria Geral de Justiça em seu parecer, "*Portanto, se observa que o viés político fora valorado para embasar a condenação, vez que consistiu em patente razão para a consumação penal*" (fls. 1.571).

Logo, o fato do delito em tela ter sido eventualmente praticado com viés político não implicaria na irresponsabilidade penal dos envolvidos, não cabendo a esse órgão julgador a competência para processar e julgar eventuais desvios de conduta das vítimas, ou se estaria, ou não, envolvidas em esquemas de corrupção.

Dessa forma, portanto, não há que se falar em nulidade na r. sentença.

Superados tais pontos, em que pesem os argumentos colacionados pelo apelante, a r. sentença não merece qualquer reparo.

Consta da inicial acusatória que na noite do dia 30 de novembro de 2015, às 19h00min, na Rua (...), município e comarca de (...), o apelante, em comparsaria com J.M.S. (processo desmembrado) e I.D.S., associados em quadrilha entre si e com outros indivíduos não identificados, sequestraram as vítimas W.S.M.H. e V.F.P., com o fim de obter, para proveito de todos, vantagem em dinheiro como condição de resgate.

É da dinâmica fático-probatória, decorrente da instrução: o apelante e os comparsas se associaram com a intenção de praticar o delito de sequestro contra as vítimas, de modo organizado e com notória divisão de tarefas, utilizando como meios armas de fogo, falsos uniformes da Polícia Federal, e o uso de um cativeiro localizado na Rua (...), município e comarca de (...).

Dessa maneira, passaram a investigar a vida e rotina das vítimas, e após estipularem atribuições, passaram a agir para o resultado final do sequestro.

Dessa forma, conforme se apurou, o apelante, meses antes, inseriu no automóvel do ofendido W. um rastreador espião e dessa maneira começou a monitorar seus deslocamentos.

Com o conhecimento da rotina do ofendido, no dia 30 de novembro de 2015, o grupo utilizou um automóvel *VW Fox*, de cor (...), e de um veículo

1 STJ - 5ª Turma - RHC 31937/RS - Rel. Ministro Jorge Mussi, j. 12.03.2013.

Acesso ao Sumário

Fiat Palio Weekend, de cor (...), para interceptar a trajetória das vítimas, e com o uso de uniformes da Polícia Federal, e apresentando distintivos policiais e armas, desembarcaram dos automóveis, abordaram os ofendidos, e exigiram que entrassem cada um em um dos veículos que o bando utilizava.

Ato contínuo, os indivíduos levaram as vítimas para a residência utilizada como cativeiro, a qual pertencia ao apelante.

Dessa maneira, ao chegarem no cativeiro, anunciaram às vítimas que se tratava de um sequestro, e exigiram a quantia de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) como condição para libertá-las. Nesse ínterim, passaram a agredir os ofendidos com socos, chutes, e pancadas com madeira. Também seguraram a ofendida V. pelo pescoço, e ameaçaram jogar "chumbinho" em sua boca, bem como colocaram um saco plástico na cabeça do ofendido W. para asfixiá-lo.

Após duas horas e meia de cativeiro, as vítimas foram libertadas no município de (...).

Ocorre que a vítima W. localizou o rastreador em seu veículo, e após isso se identificou que havia uma linha telefônica habilitada no aparelho, a qual constatou ter ficado alguns dias na residência de L.

A partir de tais informações interceptaram-se as linhas telefônicas do acusado, e assim desvendou-se sua autoria, bem como do corréu.

Também foi localizada na residência do apelante uma arma de fogo com numeração raspada, e o automóvel Fox de cor (...) utilizado para o sequestro.

A materialidade delitiva restou sobejamente demonstrada pelos boletins de ocorrência (fls. 09/10), autos de exibição e apreensão (fls. 24, 135/137, 165/166 e 259), relatórios de investigação (fls. 25/28, 62/89, 169/171, 241/254, 418/423, 649/652), laudos periciais (fls. 262/263, 505/508, 767/790, 904/911, 1.038/1.041), esclarecimentos ofertados pela autoridade policial (fls. 1.227/1.239), ofícios das operadoras TIM (fls. 1.269/1.270, 1274/1297), Claro (fls. 1.267) e Nextel (fls. 1.306/1.307) além da prova oral juntada.

O ofendido W. relatou que no dia dos fatos estava retornando de seu trabalho, juntamente com a vítima V., e ao se aproximar da residência dela, veio um carro na contramão, andando em "ziguezague", e assim parou a sua frente, e dele desceram quatro pessoas armadas, as quais o retiraram do seu veículo e o colocaram em outro.

Narrou que foi colocada uma toalha ou um capuz em sua cabeça, e foi levado para outro local. Afirmou que todos os indivíduos usavam roupas da Polícia Federal, e levaram-no sozinho para um carro. Esclareceu que posteriormente soube que V. foi levada para outro veículo.

Afirmou a vítima que os indivíduos se identificavam como agentes da Polícia Federal, bem como alegavam que tinham um mandado, e após ficarem rodando por várias ruas pedindo dinheiro, os levaram até uma casa.

Acesso ao Sumário

Narrou a vítima que ao chegarem na casa, encontrou com a V., e no local ela foi extremamente agredida, pois embora estivesse com o rosto tampado ainda, ouvia seus gritos.

O ofendido declarou que foi agredido com socos, tapas e um pedaço de madeira, e durante todo o tempo os sequestradores pediam dinheiro.

Afirmou, ademais, que em razão de ser Secretário de Finanças de (...), os indivíduos alegavam que ele portava consigo R$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), e afirmavam que sabiam todos os seus endereços, e sempre ameaçando com armas e facas.

Narrou que tais indivíduos queriam que ele informasse onde estava o dinheiro, e até um dado momento que desistiram, pois entenderam que não havia dinheiro algum.

Esclareceu que os indivíduos tinham diversos relatórios da prefeitura, e fizeram diversas perguntas relacionadas ao funcionamento do órgão e de vereadores.

Após fazerem uma série de perguntas, e se convencerem da inexistência do dinheiro que eles queriam, os indivíduos levaram-nos de volta até próximo ao Hospital Santa Marcelina, local em que estava estacionado seu carro.

Declarou que todos os seus pertences foram revirados, mas foram mantidos no veículo, com exceção de seu telefone celular, que foi subtraído.

Afirmou a vítima que na época dos fatos possuía dois carros, um *Honda Fit* e um *Bora*, o qual usava no dia em que foi abordado. Declarou, assim, que no *Honda Fit*, meses antes, encontrou um rastreador, o qual foi entrega ao Delegado no decorrer das investigações.

Narrou também que no decorrer das investigações, foi levado até (...), e lá reconheceu uma residência como sendo o local em que foi levado, eis que durante alguns momentos em que foi mantido refém teve retirado o capuz de sua cabeça.

Esclareceu, ademais, que os indivíduos afirmaram que sabia que ele teria a quantia de R$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) guardada, e que na hora em que fosse abordado, teria consigo meio milhão de reais.

Afirmou que não tem condições de reconhecer nenhum dos agentes que o abordou, sobretudo por ter ficado a maior parte do tempo com o rosto coberto, e as vezes em que era tirado o seu capuz via apenas em *flashes* os rostos.

Narrou que quando estavam no interior da casa, os indivíduos faziam diversas perguntas, e quando ele ia respondendo começaram a gravar. Acredita, por fim, que a motivação do sequestro teve como base um viés político (fls. 947/974).

A ofendida V., por sua vez, afirmou não ser possível efetuar o

Acesso ao Sumário

reconhecimento do acusado. Dessa maneira, esclareceu que no dia dos fatos, ela e W. foram abordados por pessoas usando uniformes da Polícia Federal, os quais fizeram com que descessem do carro, e assim levou cada um para um veículo diferente.

Esclareceu que três indivíduos foram com ela no interior do carro, os quais colocaram uma toalha em sua cabeça, bem como afirmaram que eram agentes da Polícia Federal e que ela estava "encrencada", eis que a levariam para prestar depoimentos e posteriormente chamariam a imprensa.

Declarou que após ficar uns 20 minutos dentro do carro, foi levada para uma casa, que posteriormente soube ficar em (...), a qual reconheceu durante as investigações.

Afirmou que como estava com seu celular, foi possível verificar que ela esteve na cidade de (...), em razão do rastreamento, mas não exatamente o local, contudo, ao ver as fotos e fazer a visitação, reconheceu sem sombra de dúvidas.

Narrou que durante o sequestro, ficou a maior parte do tempo com o rosto coberto, mas por algumas oportunidades foi retirada a toalha que a cobria, e pode ver detalhes da residência.

Declarou que os indivíduos começaram a solicitar dinheiro, mas não falavam a ela exatamente a quantidade, todavia falavam que ela tinha que entregar "o dinheiro", que eles sabiam que ela tinha "o dinheiro", mas mostrou a eles que apenas tinha R$ 900,00 em sua bolsa, os quais entregou aos sequestradores.

Esclareceu que durante a ação foi bastante ameaçada, relatando que colocaram uma faca em suas costas e uma arma em sua cabeça. Declarou que eles possuíam um relatório, mas como eles tinham tirado seus óculos, não conseguia ler, mas era possível identificar que era da Prefeitura.

Declarou que também foi agredida, sendo que os agentes bateram com a madeira nas suas costas, e também ameaçaram jogar veneno ao abrirem a sua boca e tentaram jogar um liquido dentro, mas não o fizeram.

Afirmou que os sequestradores diziam que ela era "uma mulher muito poderosa" e que por isso era para dar "o dinheiro", e sempre pediam "o dinheiro".

Narrou que viu W. sendo agredido, sendo que os agentes colocaram um saco plástico na cabeça dele e o sufocaram. Também relatou que ouviu os indivíduos pedindo dinheiro ao W, e depois de um tempo os indivíduos voltaram e falaram que iria libertá-los, e se caso registrassem Boletim de Ocorrência a família inteira iria morrer.

Esclareceu que não teve oportunidade de fixar os rostos dos sequestradores, pois colocavam várias coisas em sua cabeça, como toalhas, camiseta, e quando tiravam eles não ficavam passando em frente a ela.

Esclareceu a ofendida que viu W. gravando algumas coisas a mando dos

Acesso ao Sumário

indivíduos, os quais perguntavam a respeito de pagamentos a vereadores.

Declarou que após muita conversa com os sequestradores, W. combinou que haveria dia e hora para entregar o dinheiro, mas não soube esclarecer o valor, e acredita que após esse acordo é que foram liberados.

Afirmou que os sequestradores achavam que eles possuíam uma quantidade de dinheiro, e que alguém havia passado essa informação, e por essa razão, durante o sequestro, foi levada junto ao W. para tentar convencê-lo a dar esse suposto dinheiro.

Declarou a vítima que não foi fazer exame de corpo de delito, eis que já se sentia humilhada pelo sequestro, pelas torturas sofridas e não queria passar por mais um exame e se expor ainda mais, somado ao fato que teve medo do que aconteceu.

Afirmou que os sequestradores declararam que eles estavam sendo monitorados havia três meses, e por essa razão não foi imediatamente ao final do sequestro procurar a polícia (fls. 975/1.003).

O delegado Dr. Alexandre Batalha esclareceu que com a notícia do crime empreendeu diligências, sobretudo após o ofendido afirmar que havia encontrado um rastreador em seu carro antes dos fatos.

Dessa maneira, foram feitas diligências e constatou que o aparelho passou a noite no Condomínio (...), em local próximo à residência do apelante.

Ao continuarem as diligências, verificou-se que havia uma vinculação do aparelho a uma linha telefônica, que havia sido inserida em um aparelho de telefone de propriedade do apelante.

Também após diligências, foi possível aferir o local usado como cativeiro, o qual era uma casa de propriedade do apelante, localizada no município de (...), imóvel que as vítimas reconheceram posteriormente.

Após realização de interceptação telefônica, comprovou-se que o corréu J. fazia uso do telefone subtraído do ofendido, embora o novo *chip* tenha sido registado em nome de B.

Relatou que em uma das conversas interceptadas do acusado J., houve uma conversa em que falava para uma pessoa entregar medalhas, o que significa distintivo da Polícia.

Afirmou que B., quando ouvida em solo policial, declarou que roupas e distintivos da Policia Federal lhe foram entregues pelo corréu J. e que antes de serem apreendidos foram entregues novamente a J.

Esclareceu, ademais, que por meio do monitoramento telefônico e cruzamento de informações constatou-se pelas antenas de retransmissão que o apelante estava em (...), e se comunicava com o corréu I. por telefone.

Declarou que após buscas na casa do apelante, sobretudo na residência

usada como cativeiro, foi encontrada uma arma de fogo (fls. 746/748).

A testemunha M.B., por sua vez, relatou que foi incumbido de monitorar as ligações telefônicas feitas pelo telefone subtraído da vítima.

Dessa maneira, afirmou que o telefone era utilizado pelo corréu J., bem como que B., pessoa em nome de quem estava registrado o telefone usado por J., ao ser ouvida em solo policial, confirmou que guardou a pedido dele camiseta e distintivo da Polícia Federal (fls. 749/750).

A testemunha M.Y.B. declarou que com a notícia do crime observaram que a vítima encontrou um rastreador em seu automóvel.

Assim, após diligências no aparelho, constatou- se que esse passou pelo condomínio (...), e após informações prestados pela administradora, chegou-se até o apelante.

Dessa forma, esclareceu que a linha telefônica usada no *chip* do rastreador foi cadastrada em nome falso, contudo, foi inserida em um aparelho de telefone o qual fez ligação para o telefone de S., esposa do apelante.

Ademais, na casa do apelante foi encontrado um *Fox* de cor (...), e após consulta às imagens das câmaras que flagraram o momento do sequestro, era possível aferir que um dos carros usados era um *Fox* prata.

Também foi realizada interceptação telefônica na linha do apelante, bem como histórico de *Herb´s* junto às operadoras, e assim constatou-se a existência de outro número na discagem telefônica, o qual estava em nome do corréu I.

Esclareceu que após cumprimento de mandado de busca e apreensão, foi encontrado na casa do apelante uma arma de fogo. Ademais, as vítimas reconheceram a residência de sua propriedade, em S., como local do cativeiro (fls. 751/753).

A testemunha R.O.S. esclareceu que para a execução do crime foram usados dois automóveis: um Palio Weekend e um Fox. Declarou que na casa do apelante, havia um Fox, similar ao usado no crime.

Afirmou a testemunha que a vítima entregou um aparelho de rastreio que foi encontrado em seu carro, e a partir de diligências nesse aparelho é que se chegou à autoria de L.

Esclareceu que participou da diligência relativas à interceptação de S., esposa do apelante, mas nada foi falado por ela a respeito do crime.

Narrou que também participou das buscas e apreensões, e assim, na casa do apelante, foi encontrado um revólver. Declarou que essa casa, em (...), estava em reformas.

Esclareceu que o aparelho de rastreio pernoitou no condomínio em que o apelante estava morando, e assim chegou-se a possibilidade do autor do delito ser morador do condomínio (fls. 754/755).

Acesso ao Sumário

A testemunha M.F.C., por sua vez, acrescentou que as vítimas reconheceram a casa do apelante, em (...), como sendo o lugar usado como cativeiro (fls. 756/757).

A testemunha L.S.R., em corroboração, esclareceu que era casada com o corréu J.

Dessa forma, esclareceu que J. ligou para ela, e pediu que guardasse uma sacola na casa da B., que é uma amiga sua. Assim, sua filha de nome N. levou a sacola até a B.

Afirmou, pois, que J. levou a sacola em sua casa, e dessa maneira N. levou até a casa de B. Declarou que na sacola parecia ter roupa, mas não conseguiu ver as peças.

Declarou que em uma conversa, J. pediu para pegar as correntes na sacola, mas não chegou a ir e não viu o que era, mas o delegado lhe disse que corrente era distintivo da polícia. Por fim, relatou que o *chip* de celular foi cadastrado em nome da B., pois em seu nome não dava mais para cadastrar, mas posteriormente o telefone foi devolvido ao J. (fls. 1.004/1.011).

A testemunha B.L.S.O., por sua vez, confirmou que a N., filha da L., chegou a sua residência com uma sacola, e permitiu que a deixasse no local.

Dessa forma, no outro dia, N. foi até lá e retirou a sacola. Esclareceu que se tratava de uma sacola normal, como se tivesse roupa em seu interior.

Afirmou que não chegou a abrir a sacola, e não viu exatamente qual era o seu conteúdo. Contudo, pela transparência da sacola, afirmou que as roupas eram escuras, talvez pretas ou azul marinho.

Confirmou também, a testemunha, que por conta da amizade que tem com L. chegou a emprestar o nome para cadastrar uma linha telefônica de um *chip*, mas não sabe dizer se o apelante usou tal numero (fls. 1.012/1.018).

A testemunha S.O.A., por sua vez afirmou que o corréu absolvido I. trabalhava com ele, inclusive no dia dos fatos narrados (fls. 1.019/1.022).

A testemunha F.S., por seu turno, declarou que conhece o apelante, pois ele trabalha com a venda de automóveis e nada sabe de desabonador (fls. 1.023/1.024).

A testemunha A.F.B., relatou que conhece o apelante, e nada sabe sobre os fatos, relatando que tal réu exercia a atividade de revenda de carros (fls. 1.077/1.082).

A testemunha E.F., do mesmo modo, relatou que conhece o apelante, eis que já fez serviços elétricos para ele. Sobre os fatos, nada acrescentou, pois nada sabe.

Declarou que o serviço que prestou para ele ficava na residência em (...), em imóvel próprio do acusado (fls. 1110).

Acesso ao Sumário

O apelante, ao ser interrogado, alegou que no dia 30 de novembro é seu aniversário, e nesse dia foi à *P.S.R.* comemorar a data com seus familiares.

Afirmou que não tem motivo algum para praticar tais crimes tão "pesados", e nega qualquer envolvimento. Afirma que sua casa estava alugada e inclusive afirmou o nome do "R." na delegacia, mas o delegado não colocou no papel.

Afirmou que direto o "R." pedia seu telefone emprestado para fazer cobranças, e nunca desconfiou que pudesse ser algo ilício, eis que costumava ser cobrança relacionada à terraplanagem.

Alega que não consegue entender como ele pode rastrear uma pessoa e "só dá" o seu endereço. Afirmou que tinha alugada a casa para o "R." e com o dinheiro do aluguel pagava a residência no Condomínio (...).

Afirmou que "R." nunca entregou o contrato assinado, mas havia alugado no dia 05 de novembro de 2015. Esclareceu que "R." é L.H., secretário de Cultura de (...), e após esse incidente do sequestro, "R." foi assassinado.

Narrou que tem buscado por conta própria provas em seu favor, mas as imagens que mostravam que ele estava em casa sumiram, eis que são apagadas depois três meses. Alegou que todos os lugares que ele olhou, as imagens já foram apagadas, pois demorou muito para ir atrás dessas informações.

Afirma que provavelmente "R." estava envolvido nesse esquema, e depois ele foi assassinado para "não desvendarem" o caso.

Alegou que o Delegado Batalha lhe contou que um dos corréus teve um processo com ele em Santa Isabel, mas alega que não cometeu esse crime passado, todavia foi levado à delegacia em Santa Isabel por ter passagem, e esse I. estava lá.

Esclareceu que não conhece J., mas como faz negócios com muitas pessoas, não consegue se recordar de todos que passam em sua vida.

Afirmou que a casa estava sendo reformada pelo "R.", que a usaria em seus casos extraconjugais, e parte da reforma foi feita por ele, e parte pelo apelante.

Alegou que nesse tempo em que "R." esteve com o imóvel foi o que aconteceu tudo. Declarou que "R." era uma ótima pessoa, eis que fazia muitos negócios com ele.

Esclareceu que exercia a atividade de compra e venda de veículos, e aos finais de semana fazia o abastecimento de bebidas em três baladas da região.

Afirmou que a arma encontrada não é dele, eis que a casa de (...) estava alugada, e esclareceu que está preso injustamente e não vai se cansar enquanto não conseguir provar sua inocência.

Declarou que suas passagens anteriores eram somente por furto, e nunca cometeu delitos graves como esse que estão imputando injustamente.

Acesso ao Sumário

Confirmou que é dono de um *Fox* prata, mas não é o mesmo carro que foi filmado no sequestro, pois, o carro usado no crime estava batido, e o seu carro não tem batida alguma (fls. 1.111/1.112 mídia digital).

Dessa forma, do amplo acervo probatório produzido ao longo da instrução probatória, restou demonstrada a autoria do apelante em relação aos dois delitos de sequestro a ele imputados.

Assim, tem-se que a ampla investigação realizada pela diligente Polícia Civil deste Estado desvendou a autoria de parte da quadrilha que arquitetou o sequestro dos secretários municipais de (...).

Nesse ponto, destaco que inexiste qualquer fato que ponha em suspeição o depoimento prestado pelos agentes da polícia civil, os quais prestam serviço de extrema relevância à sociedade e não possuem, *a priori*, motivo algum para sordidamente incriminar o acusado.

Não se deve olvidar que os depoimentos dos agentes públicos valem como prova pois, no exercício de suas funções, gozam de presunção *juris tantum* de que agem escorreitamente, sobretudo quando suas afirmações são compatíveis com o conjunto probatório. Além disso "*A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita*" (STF, RTJ 68/54).

A propósito, vem decidindo o Colendo Superior Tribunal de Justiça que: *(...) É assente nesta Corte o entendimento de que são válidos os depoimentos dos policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito. Incidência do enunciado 83 da Súmula desta Corte* (STJ, AgRg no Ag 1158921/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. 17.05.11, DJ 01.06.11).

Sobre a validade dos depoimentos prestados por policiais já se posicionou a jurisprudência, *in verbis*:

> *"PROVA CRIMINAL - Depoimento de policial responsável pela prisão - Admissibilidade - Ânimo inexistente de incriminar o réu - Credibilidade do relato - Ausência de razão concreta para suspeição - Recurso não provido. Os funcionários da Polícia merecem nos seus relatos, a normal credibilidade dos testemunhos em geral, a não ser quando se apresente razão concreta de suspeição."* (Apelação Criminal n. 168.650-3 - Matão - Relator: Jarbas Mazzoni - CCRIM 1 - V.U. - 06.03.95).
>
> *"Ressalto que não existe dispositivo legal que vede ao policial servir como testemunha. Além disso, não se acredita que servidores públicos, inclusive os policiais civis, empossados que são após compromisso de fielmente cumprirem seus deveres iriam apresentar testemunhos ou provas ideologicamente falsas, com o simples intuito de inculpar inocentes. Ao contrário, tem os funcionários públicos a presunção de que no desempenho de suas atuações agem escorreitamente".* (TJSP,

6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº. 0355425-27.2009.8.26.0000, Rel. Desembargador Marco Antonio Marques da Silva).

Destarte, não havendo motivos plausíveis para desabonar o depoimento dos policiais, os quais são dotados de fé pública, seria um absoluto contrassenso desmerecer seus relatos até porque os prestaram sob compromisso, estando, pois, sujeito às penas previstas no artigo 342 do Código Penal.

Enfatizo, também, que não se produziu qualquer prova da suspeição ou impedimento dos agentes públicos, apesar de tida a oportunidade para tanto, nos termos do artigo 156, *caput*, do Código de Processo Penal.

Conforme se extrai de toda a instrução probatória, o envolvimento do apelante restou amplamente demonstrado.

Primeiramente, após a vítima informar à autoridade policial que já estava sendo monitorada antes do sequestro, foi realizada diligências no aparelho rastreador encontrado em seu automóvel.

Dessa forma, no interior do aparelho foi encontrado um *chip* telefônico (fls. 28), e por meio de exame na linha vinculada ao *chip*, verificou-se que o aparelho pernoitou, por diversas vezes, no *Condomínio (...)*, mais precisamente na Rua (...), localizado no município de (...) – assim, aferiu-se que o início do funcionamento se deu em 08 de setembro de 2015, no referido local, três meses antes da prática do crime (fls. 68/69 e 649/652).

A partir dessa informação, foi questionada à vítima se ela tinha conhecimento do referido condomínio, à qual relatou que não o conhecia.

Dessa forma, em consulta à relação de nome de todos os moradores da Rua (...), chegou-se aos dados do apelante e de sua esposa, os quais viviam no referido local desde 17 de julho de 2015.

Do mesmo modo, o casal deixou como número de contato na portaria do condomínio os números de telefone (...) e (...). Após diligências na casa do apelante, foi encontrado dois automóveis na garagem, um *VW Fox*, de cor (...), placas (...) e um *VW Tiguan*, de cor (...), placas (...).

Também conforme relatório da Polícia Civil, o rastreador encontrado no carro da vítima funciona a partir de um cadastro à operadora de telefonia móvel, o que foi feito, cuja habilitação foi realizada por meio de um aparelho de telefone móvel convencional (fls. 80/81).

Dessa maneira, da análise do *chip* telefônico, chegou-se à linha (...), cadastrada em nome possivelmente fraudado, com endereço no Estado do Paraná. (fls. 80/81).

Todavia, por meio dessa linha, identificou-se o IMEI nº 355970067796800, cujo aparelho foi utilizado para habilitar o *chip* que seria inserido em seguida no rastreador.

Acesso ao Sumário

Com o prosseguimento das investigações, a Polícia Civil verificou que o *chip* usado para habilitar o rastreador foi inutilizado, todavia, o aparelho utilizado para acioná-lo também foi utilizado para habilitar as linhas (...), (...) e (...).

Continuando, descobriu-se que a linha (...) recebeu ligação da linha (...), a qual é cadastrada em nome da esposa do apelante (fls. 1.231). A linha (...) recebeu ligação da linha (...) , também cadastrada em nome da esposa do apelante (fls. 1.236), a qual também foi registrada como contato dela e do apelante no condomínio em que residiam (fls. 86).

Conforme interceptação telefônica realizada (fls. 49 do apenso), a linha (...) é que a utilizada pela esposa do apelante.

Insta salientar, que ao revés do que alega a d. defesa, em relação ao equívoco sobre a data de cadastro do *chip* inserido no rastreador (no relatório de investigação fls. 80, consta que o cadastro foi realizado dia 10 de outubro de 2015 e a linha foi utilizada no dia 8 de setembro de 2015 linha (...)), tem-se que o ofício de fls. 1269/1270 esclarece a celeuma.

> *(...) Inicialmente, no que tange ao questionamento relativo a qual operadora pertencia a linha em apreço no dia 08/09/2015, cumpre-nos esclarecer que naquela data a linha e anteriormente já pertencia a TIM.*
>
> *Outrossim, com relação ao processo de cadastro, informamos que para os clientes de planos pré-pagos, após estes informarem o respectivo número de CPF, é iniciado um processo de enriquecimento dos dados cadastrais nos sistemas da Operadora, com a inclusão do nome, demais documentos pessoais, endereço, etc.*
>
> *Enquanto o chip estiver percorrendo este processo de enriquecimento, estará disponível para realizar e receber chamadas e/ou mensagens, mesmo que o cadastro ainda não tenha sido finalizado.*
>
> *Caso o processo de enriquecimentos dos dados seja negativo por qualquer motivo, seja por falta de dados ou outras inconsistências, o chip é bloqueado automaticamente, tornando-se necessário um contato do cliente com o atendimento da Operadora para finalização deste processo (...)".*

Ademais, em que pese a afirmação da vítima sobre o empréstimo de seu veículo a terceiros, isso por si só não excluiria a responsabilidade do réu, já que a prova amealhada demonstrou que duas das linhas que mantiveram contato com o aparelho telefônico utilizado para cadastro do *chip* inserido no rastreador eram registradas em nome da esposa do apelante.

Vale ressaltar que, ainda que não se levasse em conta tais provas, o imóvel localizado na Rua (...), (...), o qual foi usado como cárcere, e que fora encontrado uma arma de fogo com numeração suprimida, era de propriedade do réu, bem como restou demonstrado não ser verdadeira a alegação de que o

Acesso ao Sumário

apelante o alugava para terceiros.

Isso porque, da apreensão da arma de foto, originou-se o processo nº 0000730-80.2016.8.26.0606, por delito da Lei de Arma, e naqueles autos foi afastada a hipótese de que o imóvel estava alugado para terceiros, conforme trecho da sentença daqueles autos, a qual foi bem registrada pela MMª Magistrada *a quo*:

> *"(...) Exceto pela admissão da propriedade da casa localizada em (...) apontada na denúncia, há diversas contradições.*
>
> *Num primeiro momento, o réu afirmou que celebrou o contrato de locação com a pessoa de A.L.A.*
>
> *Em juízo, contou que o aludido contrato foi celebrado com R., secretário da cultura de (...), e que no documento em questão, o nome de A. deveria figurar como locatário.*
>
> *Contudo, o nome do secretário, na realidade de turismo, conhecido como R., somente surgiu em juízo, e ele não foi arrolado como testemunha na resposta apresentada em 7 de março de 2016 (fls. 191/197).*
>
> *Sendo o suposto locatário do imóvel indicado na denúncia (lugar em que foi apreendida a arma de fogo) e, como consequência, o álibi do réu, cujo contrato, segundo o acusado, começou a ter vigência em 5 de novembro de 2015, deveria ter sido arrolado na primeira oportunidade que foi concedida à Defesa, o que não aconteceu. Tal fato causou estranheza a este juízo, já que o nome do aludido secretário surgiu somente na audiência realizada em janeiro de 2017, meses após sua morte.*
>
> *Sobre este fato, é de conhecimento notório que o citado secretário foi assassinado, evento este que ocorreu em junho de 2016, conforme notícia veiculada pelo site G1 (Endereço eletrônico constante do texto original).*
>
> *Neste ponto, o ônus da prova sobre a locação do imóvel, cujo endereço está indicado na denúncia, cabia à Defesa, que não foi apta a demonstrá-lo.*
>
> *(...) Verifica-se que o armamento foi encontrado no imóvel pertencente ao acusado, oportunidade em que os policiais apreenderam correspondências em nome da esposa do réu.*
>
> *E nem se alegue que o imóvel era utilizado licitamente por terceiros.*
>
> *O documento de fls. 21 evidenciou a apreensão de três correspondências destinadas à esposa do acusado, datadas de janeiro de 2016, mesmo mês em que ocorreu a apreensão da arma de fogo.*
>
> *Por sua vez, o policial civil Rafael de Oliveira Santos explicou que o revólver foi localizado sob uma cama (fls. 341/343), fator indicativo de que a casa estava, pelo menos, parcialmente mobiliada e própria para ser usada.*
>
> *Merecem destaque as declarações das vítimas dos autos da extorsão mediante sequestro, colhidas em juízo, que reconheceram o mesmo*

Acesso ao Sumário

imóvel de (...) como sendo o local do cativeiro, o que motivou a decretação da prisão do acusado também por aquele processo.

Tais fatos aliados à ausência de comprovação do contrato de locação demonstraram a ocorrência do delito da forma como descrito na inicial. (...) " (fls. 1.347/1.348 citando os autos nº 0000730-80.2016.8.26.0606).

Assim, a alegação de que estava alugada para terceiros restou refutada.

Primeiramente, tem-se que foi encontrada uma correspondência em nome de S. na referida casa (fls. 243). De fato, como aponta a d. defesa, tal assertiva isolada não significaria ainda que a residência estava sendo usada pelo casal, ou somente pelo apelante, mas o referido indício, em cotejo com os demais pontos, afasta essa hipótese.

Ademais, conforme se extrai de fls. 273, em 1º de julho de 2015 o apelante declarou residência na referida casa. De fato, há notícia de que em 17 de julho mudou-se para o Condomínio (...), a reforçar ainda mais a versão de que o imóvel de (...) foi preparado para receber os sequestrados.

Mais ainda, em decorrência da interceptação telefônica autorizada judicialmente neste caso, foi identificado um diálogo entre L. e um usuário da linha (...), no dia 11 de janeiro de 2016, às 12h35min, poucos dias antes de ser preso, ocasião em que o acusado assumiu a propriedade da residência e manifestou interesse em realizar negócio envolvendo o imóvel em questão (fls. 78/79 do apenso de interceptação telefônica).

Vê-se que a propriedade do imóvel é certa, e a versão escapatória de que estava alugado demonstrou-se inverossímil.

Nota-se, por fim, que as vítimas reconheceram a residência da Rua (...), como sendo àquela utilizada como cativeiro.

Portanto, por qualquer ângulo de observação, emerge do quadro probante a necessária certeza da responsabilidade penal do apelante pelos fatos que lhe foram irrogados na denúncia, pelo que não há falar-se em ausência de elementos de autoria tal como sustentado nas razões do apelo.

Em relação aos pedidos subsidiários, não merece melhor sorte.

Primeiramente, não há que se falar em desclassificação da conduta.

Isso porque, restou tipificada a conduta de extorsão mediante sequestro.

Conforme se extrai dos autos, as vítimas foram levadas à cativeiro, local em que foi requerido valores para serem colocadas em liberdade, logo, a intenção dos agentes, independente de haver qualquer conotação política, era de obter vantagem como condição ou preço do resgate para a liberação das vítimas isso é tão claro, que os sequestradores exigiram dinheiro para a soltura enquanto estavam as vítimas em cativeiro.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, versa a doutrina:

"É o dolo de obter qualquer vantagem como condição de preço do

resgate.

É praticamente pacífico que a vantagem visada deve ser de caráter econômico, na medida em que a extorsão mediante sequestro é crime contra o patrimônio. ***Pode ser, entretanto, qualquer vantagem econômica – dinheiro, joias, a entrega de título ou bens de valor,*** *etc. (...).”* (GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal*: Parte Especial. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 426 – grifos não originais).

“Tratando-se de crime formal, pune-se a mera atividade de sequestrar pessoa, tendo a finalidade de obter resgate. Assim, embora o agente não consiga a vantagem almejada, o delito está consumado quando a liberdade da vítima é cerceada. Por outro lado, convém destacar que o crime de extorsão mediante sequestro está consumado, do mesmo modo, ainda que o agente, privando a liberdade da vítima, com a intenção de pleitear o resgate, não tenha tempo para fazê-lo. Imagine-se que tenha sido preso antes de concretizar a exigência para a liberação da vítima, porém fique, claramente, demonstrado, nos autos da investigação ou do processo, ter sido essa a sua intenção quando agiu contra o ofendido.” (NUCCI, Guilherme de Souza - Código Penal Comentado. Ed. Forense, 18ª Ed. Rio de Janeiro, 2017. p. 1.026).

Dessa maneira, havendo notório interesse econômico, a despeito de haver interesses políticos, o crime em tela restou demonstrado, não havendo que se cogitar para as desclassificações apontadas pela d. defesa.

Também o fato das vítimas terem sido solicitadas, e não a terceiros, não altera a tipificação do delito.

Conforme mandamento legal, define-se o crime em “*Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate*”.

Logo, tipifica-se a conduta em sequestrar pessoas, bem como com a intenção de obtenção de vantagem. O fato de tal vantagem ser dirigida a terceiros ou às vítimas não faz parte do núcleo do tipo.

Como bem ponderou a d. Procuradoria Geral de Justiça: “*Assim sendo, tanto a restrição de liberdade das vítimas, bem como o dolo em se obter vantagem indevida, restaram demonstrados a contento no presente caso, tanto pelos relatos das vítimas, como pelo depoimento dos policiais. Tanto W. quanto V. asseguraram que, a todo momento, os sequestradores exigiam valores para que as vítimas não fossem conduzidas ao “(...)” . V., inclusive, deu conta de que no dia dos fatos estava na posse de R$ 900,00 (novecentos reais), valor este que fora subtraído pelos sequestradores*” (fls. 1.584).

Decerto, quanto ao viés político, não se nega a grande possibilidade. Ocorre que mesmo em se tratando de intenções eleitoreiras, o delito em tela restou configurado.

Acesso ao Sumário

Em relação ao famigerado "Caso Celso Daniel", insistentemente citado pelo patrono do acusado, ao menos que a d. defesa tenha informações novas a respeito de tal crime, não se vislumbra nesses autos nenhuma ligação entre os fatos.

Por fim, não há que se falar em afastamento do§1ºdo Artigo 159.

A associação restou bem demonstrada, face o *modus operandi* em que deram os fatos. O apelante e seus comparsas inseriram rastreadores nos carros do ofendido, investigaram sua vida por meses, e para efetuar a abordagem utilizaram-se de roupas e distintivos da Polícia Federal, demonstrando a extrema organização do bando.

Quanto à pena, também ao revés do reclamo defensivo, não há nada a se reparar.

A pena-base de cada um dos crimes foi devidamente fixada em metade acima do patamar mínimo legal, eis que se demonstrou que o apelante possui maus antecedentes (fls. 586, 616, 898, 1107). Ademais, considerou que o apelante possui desvio de personalidade e que faz do crime seu meio de vida. Soma-se a tais pontos, as várias agressões e ameaças praticadas contras as vítimas, que permaneceram no cativeiro por, pelo menos, duas horas, comportamento que denota maior periculosidade do acusado e excesso de culpabilidade. Não bastasse, foram usadas armas, tanto branca quanto de fogo, além de grande número de agentes. Assim, foi fixada a reprimenda em 18 (dezoito) anos de reclusão.

Em seguida, na segunda fase, as penas foram elevadas em 1/6 (um sexto) diante da reincidência do acusado. Contudo, foi mantida em 20 (vinte) anos por se encontrar já no patamar máximo estabelecido.

Por fim, reconhecido o concurso material, as penas foram somadas, totalizando a reprimenda final de 40 (quarenta) anos de reclusão.

Inicialmente, ressalto que a dosimetria da pena é uma matéria sujeita à discricionariedade do destinatário da prova, cabendo às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos, das provas, o ônus de fixar, de fato, a reprimenda, competindo, por outro lado, aos Tribunais, em regra, a correção de discrepâncias, apenas se arbitrárias (STF, HC 120283/SP, Rel. Min. ROSA WEBER).

Nessa linha, de se trazer à colação orientação do i. Des. Luís Soares de Mello no sentido de "*prestigiar-se 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 o acusado 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. E depois que obedecido exatamente este parâmetro e não fugindo ele de uma conceituação genérica, prudente e ponderada, não haverá porque se alterar os critérios*

Acesso ao Sumário

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 do artigo 68 do Código Penal, não há como se mudar o dimensionamento adotado" (Apelação nº 0099967-48.2012.8.26.0050, julgada em 12 de novembro de 2013).

Nesse contexto, o acréscimo lançado da pena-se justifica-se porque as circunstâncias judiciais são desfavoráveis, conforme já explicitado.

A culpabilidade é acentuada. Tal há que ser compreendida como o juízo de reprovabilidade ou censura.

Nesse contexto, adverte GUILHERME DE SOUZA NUCCI que "*tem sido hábito de vários juízes brasileiros, de qualquer grau de jurisdição, optar, quase sempre, pela aplicação da pena mínima aos acusados em julgamento. Desprezam-se, em verdade, os riquíssimos elementos e critérios dados pela lei penal para escolher, dentre o mínimo e o máximo cominados para cada infração penal, a pena ideal e concreta para cada réu. Não se compreende o que leva o Judiciário, majoritariamente, a eleger a pena mínima como base para a aplicação das demais circunstâncias legais. Afinal, o art. 59 do Código Penal, menciona oito elementos diversos, almeja a aplicação da pena em parâmetros diferenciados para os réus submetidos a julgamento. A padronização da pena é contrária à individualização, de modo que é preciso alterar essa conduta predominante (...) Não se sabe quem o que leva magistrados tão diferentes, das mais diversas comarcas do Estado, a assimilar os mais distintos casos, para puni-los, invariavelmente, no mesmo patamar, como se não apresentassem uma gravidade específica, própria e inconfundível*" (Código Penal Comentado, 14ª edição, revista, atualizada e ampliada, Ed. Forense, 2014, p. 416, item 02).

Tal orientação da doutrina afina-se com precedentes do Superior Tribunal de Justiça (AgInt no REsp 1566371/SC, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJ de 01/08/2016). Daí porque legítimo o rigor lançado à primeira fase da fixação da pena.

Em tal cenário, face às particularidades do caso concreto, entendo devidamente fundamentado o aumento na primeira fase de dosimetria penal.

Do mesmo modo, irreparável o aumento na segunda fase, eis que o apelante era reincidente (fls. 924).

Por derradeiro, não há que se falar em afastamento do concurso material.

Primeiramente, não há que se falar em reconhecimento do concurso formal.

Conforme versa o artigo 70 do Código Penal:

*"Quando o agente, **mediante uma só ação o**u omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se- lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada,*

em qualquer caso, de um sexto até metade. ***As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos****, consoante o disposto no artigo anterior"* (grifei).

No caso dos autos, os agentes, mediante duas ações distintas, sequestraram vítimas distintas, tanto assim que cada vítima foi levada em um carro diferente e inicialmente separadas – a demonstrar que as ações visavam individualmente cada uma das vítimas.

Por derradeiro, correto o regime inicial fechado para cumprimento da sanção carcerária. Embora a hediondez do delito não mais autorize a imposição do regime inicial mais gravoso como única fundamentação – conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal no HC nº 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.06.2012), verifico que o *quantum* de pena impõe tal medida, à luz do artigo 33, §2º, alínea "a", do Código Penal.

Ademais, não há que se falar em detração da pena para fins de fixação de regime, sobretudo pela quantidade da pena imposta.

3. Ante o exposto, **REJEITO** a matéria preliminar e no mérito, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 4.924)

Não obstante o brilhante voto proferido pelo ilustre relator, Dr. Silmar Fernandes, entendo ser o caso de fazer algumas breves ponderações, as quais, já adianto, convergem totalmente com o seu voto.

Superadas as preliminares, já que realmente não era o caso de acolhê-las, entendo que restou devidamente comprovado que o acusado, L.S.A., praticou os crimes de extorsão mediante sequestro cometido por quadrilha, elencado no artigo 159, §1º, do Código Penal, em concurso material.

Por todos os ângulos que se observam as provas carreadas nos autos, chega-se a conclusão da prática dos crimes pelo acusado.

A própria vítima auxiliou na descoberta da autoria do crime, uma vez que descobriu em seu carro um rastreador que era ligado a uma linha telefônica e que, após investigações, soube-se que tal objeto havia ficado dias na residência do acusado.

A partir de tais informações interceptaram-se as linhas telefônicas do acusado, e assim desvendou-se sua autoria.

Também foi localizada na residência do apelante uma arma de fogo com numeração raspada, e o automóvel *Fox* de cor (...) utilizado para o sequestro.

Além disso, ao contrário do que alega a defesa acusado, em relação ao erro sobre a data de cadastro do *chip* inserido no rastreador (no relatório de investigação fls. 80, consta que o cadastro foi realizado dia 10 de outubro de 2015 e a linha foi utilizada no dia 8 de setembro de 2015 linha (...)), o ofício de fls. 1269/1270 esclarece a divergência, conforme já destacado pelo i. relator, que não cabe a mim neste momento repeti-las.

As vítimas, quando ouvidas, deram depoimentos harmônicos, sendo que reconheceram, sem sombra de dúvidas, a residência do apelante como o local do cativeiro.

A alegação do apelante de que a residência, apesar de ser sua, estava alugada quando da ocorrência do crime, não se sustenta.

Como bem destacado na r. sentença e também no voto no i. relator, no processo em que o apelante foi condenado pelo crime de porte ilegal de arma de fogo com numeração raspada foi rechaçada a tese de que realmente a casa estivesse alugada para o ex-secretário de (...), conhecido como "R".

As razões são simples: o ex-secretário não foi arrolado como testemunha naquele processo, só tendo surgido seu nome como possível locatário após sua morte. Além disso, os policiais encontraram dentro da residência correspondências em nome da esposa do apelante, comprovando que a casa lhe pertencia.

Não se olvide que realmente há notícia de que o apelante e sua família haviam se mudado para um condomínio em data anterior do crime.

Contudo, como mais uma vez muito bem destacado no voto do i. relator, tal fato só corrobora ainda mais a notícia que a casa foi usada como cativeiro, pois estava desocupada e pronta para ser usada no cometimento do crime. Ademais, o acusado muito provavelmente não usaria a casa que estivesse residindo como cativeiro.

Já com relação ao fato de que o apelante não foi reconhecido pela vítima como um dos autores do crime, constata-se pelo depoimento das vítimas o motivo para tanto: em boa parte do crime ficaram encapuzados e nas vezes em que os capuzes foram retirados, viam apenas em "flashes" os rostos dos bandidos.

Ademais, ambas as vítimas foram agredidas pelos sequestradores, com chutes, socos, sendo que W. chegou até mesmo a ter um saco plástico em sua cabeça com o intuito de asfixiá-lo.

Os sequestradores queriam dinheiro e a todo momento exigiam a entrega de quantia em espécie, porém, como não tinham o dinheiro exigido, acabaram soltos em seguida.

Também não há que se falar em desclassificação da conduta.

Acesso ao Sumário

Isso porque, restou tipificada a conduta de extorsão mediante sequestro.

Conforme se extrai dos autos, as vítimas foram levadas à cativeiro, local em que foi requerido valores para serem colocadas em liberdade, logo, a intenção dos agentes, independente de haver qualquer conotação política, era de obter vantagem como condição ou preço do resgate para a liberação das vítimas – isso é tão claro, que os sequestradores exigiram dinheiro para a soltura enquanto estavam as vítimas em cativeiro.

Pouco importa, ademais, que os sequestradores estivessem imbuídos por conotação política (o que parece ser realmente o caso), ou exigissem das vítimas valores em espécie para serem liberadas e não para outras pessoas, já que o tipo penal não exige que o resgate seja solicitado a terceira pessoa e não à própria vítima.

Enfim, em que pese o brilhantismo do defensor do acusado L., quando o oferecimento das razões recursais, todas as provas necessariamente levam a incriminar L. pelos crimes de extorsão mediante sequestro.

Da mesma forma, a dosimetria penal foi criteriosamente realizada pelo Juízo de piso e referendada pelo i. Relator.

As basilares foram fixadas ½ (metade) acima do mínimo, tendo o aumento sido devidamente justificado pelo fato de o acusado ostentar maus antecedentes e também pelas circunstâncias e consequências do crime.

Na segunda fase, ausentes atenuantes e presente a reincidência (fls. 924), a pena foi aumentada em 1/6 (um sexto), contudo restou limitada à pena máxima cominada ao tipo penal, qual seja, 40 anos.

Por fim, não há que se falar em afastamento do concurso material como pretende a defesa do réu.

Como bem destacado no voto do i. relator, no caso dos autos, os agentes, mediante duas ações distintas, sequestraram vítimas distintas, tanto assim que cada vítima foi levada em um carro diferente e inicialmente separadas – a demonstrar que as ações visavam individualmente cada uma das vítimas.

Portanto, não é caso de concurso formal e sim de concurso material, razão pela qual somou-se as penas dos crimes praticados pelo acusado, chegando-se ao resultado de 40 anos de reclusão.

O regime eleito, fechado, é decorrência do *quantum* da pena imposta e da reincidência do acusado.

Desse modo, feitas estas breves considerações, acompanho integralmente o voto do i. relator, rejeitando as matérias preliminares e, no mérito, negando provimento ao apelo, mantendo-se, *in totum*, a r. sentença.

ANDRADE SAMPAIO, Desembargador

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008870-25.2007.8.26.0152, da Comarca de Cotia, em que são apelantes ADRIANO FERREIRA DA SILVA e GILSON DOS SANTOS LIMA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "De ofício, retificaram a r. sentença para absolver o réu Adriano Ferreira da Silva dos delitos a ele imputados na decisão de pronúncia e NEGARAM PROVIMENTO ao recurso do apelante Gilson dos Santos Lima, mantendo-se, quanto a ele, a r. sentença tal como prolatada. Esgotados os recursos ordinários, expeça-se mandado de prisão contra o acusado Gilson dos Santos Lima. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5.364)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente sem voto), KENARIK BOUJIKIAN e ALMEIDA SAMPAIO.

São Paulo, 24 de setembro de 2018.

LUIZ FERNANDO VAGGIONE, Relator

Ementa: Apelação. Homicídio duplamente qualificado.

<u>Réu Adriano</u>. Sentença contrária à decisão dos jurados, que absolveram o acusado. Nulidade absoluta. Retificação, de ofício, da sentença para absolvê-lo. Mérito recursal prejudicado.

<u>Réu Gilson</u>. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. Jurados que optaram pela tese da acusação, afastando as teses defensivas, incluindo a de absolvição e de afastamento das qualificadoras. Veredicto alicerçado em elementos probatórios carreados aos autos. Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Ao relatório da r. sentença de fls. 523/524, que passa a integrar a presente decisão, acrescenta-se que **Adriano Ferreira da Silva** e **Gilson dos Santos Lima** foram condenados, cada um, à pena de 14 (catorze) anos de reclusão, no regime inicial fechado, porque incursos no artigo 121, §2º, incisos II e IV, do

Código Penal. Os réus foram absolvidos da imputação do delito do artigo 211 do mesmo Código e foi-lhes concedido o direito de recorrer em liberdade.

Inconformados, os acusados apelaram (fl. 508/508v°). A r. sentença transitou em julgado para o Ministério Público.

Em suas razões, o acusado **ADRIANO** argumenta que o veredicto foi manifestamente contrário à prova dos autos, pois ausente o *animus necandi.*

Assim, pede o reconhecimento da legítima defesa com excesso exculpante ou a desclassificação para o delito de lesão corporal seguida de morte.

Subsidiariamente, requer o afastamento das qualificadoras do homicídio; a redução da pena; a fixação do regime aberto e a substituição da pena corporal por pena restritiva de direitos (fls. 554/559).

GILSON igualmente alega que o veredicto foi manifestamente contrário à prova dos autos, pois inexistente o dolo de matar, requerendo a realização de novo julgamento. Subsidiariamente, pede o afastamento das qualificadoras (fls. 577/586).

Contra-arrazoados os apelos (fls. 561/566 e 589/595) e apresentado o r. parecer pela douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 597/603), manifestou-se o Ministério Público, em ambas as instâncias, pelo não provimento dos recursos defensivos.

É o relatório.

Presentes os pressupostos recursais, conheço dos recursos interpostos.

De início, verifica-se que a sentença do juiz-presidente foi contrária à decisão dos jurados quanto ao acusado **Adriano.**

Consta do termo de votação (fls. 520/521v°), no quinto quesito da primeira série, em que se pergunta se o jurado absolve o réu Adriano do delito de homicídio, que foram abertas as cinco primeiras cédulas e em quatro delas continham votos "SIM".

Dessa forma, **os jurados votaram pela absolvição desse réu quanto ao delito de homicídio duplamente qualificado a que foi pronunciado**. Destaca-se que sequer deveriam ser votados os demais quesitos dessa série, pois tratavam sobre a forma privilegiada e as qualificadoras do homicídio, restando, portanto, prejudicados.

Como se não bastasse, em quesito anterior, sob o n° 3, também relativo ao réu **Adriano**, os jurados já haviam reconhecido o excesso culposo na legítima defesa, o que significou a desclassificação da infração para a modalidade culposa.

Assim sendo, considerando que o Conselho de Sentença, instado a responder o quinto quesito ("O jurado absolve o acusado?"), o fez afirmativamente, por maioria de votos (quatro cédulas "SIM" e uma "NÃO"), a sentença absolutória era de rigor.

Acesso ao Sumário

Ressalta-se que, embora a defesa do acusado Adriano não tenha levantado essa fundamentação em seu recurso, deixando de indicar a hipótese do artigo 593, inciso III, alínea "b", do Código de Processo Penal, trata-se de nulidade absoluta, que pode ser reconhecida a qualquer momento.

A r. sentença violou a instituição do Júri ao desrespeitar a soberania dos veredictos e a sua competência para julgar crimes dolosos contra a vida, que se trata de garantia assegurada constitucionalmente, nos termos do artigo 5°, inciso XXXVIII, da Constituição Federal.

Constatada a incongruência da sentença com a decisão dos jurados, cabe a este E. Tribunal sanar essa nulidade, retificando o *decisum*, conforme o artigo 593, § 1°, do Código de Processo Penal.

Desnecessária a determinação de novo julgamento, pois não há defeito na decisão do júri. Em respeito à soberania do que foi decidido pelos jurados, cabe apenas a correção da sentença, para que se torne compatível a tal decisão.

Nesse sentido, leciona Aury Lopes Júnior:

> ***"Acolhendo o apelo fundado nesta aliìnea "b", deveraì o tribunal ad quem proceder aÌ retificac aÞoda sentenc a, sem necessidade de repetic aÞodo julgamento. Neste sentido determina o art. 593, § 1º, do CPP.***
>
> ***Eìum defeito que pode ser sanado pelo oìrgaÞode segundo grau sem que a nulidade precise ser reconhecida e anulado o julgamento, bastando a retificac aÞo.Tampouco existe violac aÞoaÌ soberania das decisoÞesdo juìri,pois o tribunal estaìretificando um erro do juiz, e naÞo modificando a decisaÞodos jurados".*** (LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 1027).

Diante de todo o exposto, necessária a retificação da r. sentença para, obedecendo o que foi decidido pelos jurados (1ª série, quesito 5º, e 3ª série, quesito 1°), **absolver o réu Adriano Ferreira da Silva dos delitos a ele imputados na decisão de pronúncia**, quais sejam: homicídio duplamente qualificado e ocultação de cadáver.

Logo, passa-se à análise do mérito apenas quanto ao recurso de **Gilson.**

Esse apelo não comporta provimento.

Importante consignar que apenas se aceita a realização de novo julgamento nos casos em que a decisão dos jurados é "manifestamente contrária à prova dos autos", nos exatos termos do artigo 593, inciso III, alínea "d", do Código de Processo Penal.

A decisão contrária à prova dos autos, a permitir novo julgamento, ocorre apenas e tão somente quando totalmente dissociada do conjunto probatório. É necessário que a conclusão do julgado questionado não encontre respaldo em

Acesso ao Sumário

nenhum elemento de convicção colhido durante a persecução penal.

Senão vejamos os ensinamentos dos doutos Renato Brasileiro de Lima e Guilherme de Souza Nucci:

> ***"Decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos: para que seja cabível apelação com base nessa alínea "d", de modo a se compatibilizar sua utilização com a soberania dos veredictos, é necessário que a decisão dos jurados seja absurda, escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do conjunto probatório constante dos autos. Portanto, decisão manifestamente contrária à prova dos autos é aquela que não encontra nenhum apoio no conjunto probatório, é aquela que não tem apoio em nenhuma prova, é aquela que foi proferida ao arrepio de tudo que consta dos autos, enfim, é aquela que não tem qualquer prova ou elemento informativo que a suporte ou justifique, e não aquela que apenas diverge do entendimento dos juízes togados a respeito da matéria"*** (Lima, Renato Brasileiro de, **Manual de Processo Penal**, 4ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1697).
>
> ***"Em suma, não cabe a anulação do julgamento, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação da prova possíveis de surgir. Não se trata de decisão manifestamente contrária à prova, mas se situa 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"*** (NUCCI, Guilherme de Souza, **Tribunal do Júri**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 484/485).

E, na hipótese, a decisão do Tribunal do Júri foi proferida em consonância com o conjunto probatório.

Em sede extrajudicial, os dois acusados confessaram ter agredido a vítima. Disseram que estavam voltando de uma festa e, na Estrada de Caucaia do Alto, o veículo do ofendido colidiu com a traseira do carro em que estavam. Passaram a conversar com este, que concordou em deixar seu automóvel na casa de Gilson até que tivesse dinheiro para arcar com os custos do conserto. Quando se dirigiam a essa residência, a vítima parou seu carro e correu para dentro de um matagal. Os réus desembarcaram do seu veículo e passaram a persegui-la. Alcançaram-na e iniciaram luta corporal. **Gilson** contou que somente desferiu socos na vítima e que **Adriano** o auxiliou, pois estava em desvantagem na briga. Já **Adriano** relatou que os dois acusados enforcaram o ofendido com as mãos e deixaram o corpo no local, que se tratava de um brejo. Souberam da morte do ofendido por outras pessoas (fls. 41 e 46).

Acesso ao Sumário

No sumário da culpa, **Adriano** afirmou que ele e **Gilson** se envolveram em um acidente de trânsito com a vítima, que bateu na traseira do veículo em

que estavam. **Gilson** foi conversar com o ofendido, porém este agrediu-o e correu para dentro do mato, nas proximidades da estrada. **Gilson** foi atrás dele e passaram a trocar agressões. Ouviu seu amigo pedir ajuda e, por isso, foi ao local em que estavam e notou que este havia "levado uma gravata" do ofendido, motivo pelo qual interveio na briga para auxiliar seu amigo. Iniciaram, com isso, um "empurra empurra", mas apenas com troca de tapas entre eles, sem os réus terem desferido qualquer chute, soco ou mesmo utilizado algum objeto que pudesse ter causado lesões graves ao ofendido. Não percebeu se a vítima estava embriagada. Deixaram o ofendido desmaiado no chão, mas ele não estava morto. Não soube dizer como este morreu e não conseguiu ver se ele estava com a cabeça sangrando. Havia ingerido dois copos de cerveja, mas não estava alcoolizado (fl. 208/208v°).

Nessa mesma fase, **Gilson** contou que conduzia o carro pela via, acompanhado de **Adriano**, quando o veículo da vítima atingiu sua traseira. Eles passaram a conversar sobre o acidente e acordaram que o interrogado iria ficar na posse do veículo da vítima, até esta obter o dinheiro para arcar com os prejuízos que causou. Diante disso, a vítima ingressou em seu automóvel e **Adriano** embarcou no carro daquela, para levá-lo. Assim que **Gilson** entrou em seu veículo, o ofendido fugiu correndo para um matagal que havia no local. Perseguiu-o, começaram a discutir e o ofendido começou a agredi-lo, dando-lhe uma "gravata". Nesse momento, pediu ajuda a **Adriano**, que apareceu no local, empurrou a vítima e esses dois passaram a trocar socos e "empurrões", mas sem ser desferido nenhum golpe que tenha acertado gravemente a vítima. Esta caiu no chão depois de **Adriano** empurrá-la, mas estava acordada. Eles, então, partiram e deixaram o carro da vítima no local. Não perceberam qualquer sangramento ou grave ferida no ofendido e não notaram se este estava embriagado. Negou que tenham utilizado algum objeto durante a briga. Os acusados ingeriram duas cervejas, mas não estavam alcoolizados (fl. 209/209v).

No plenário, **Gilson** relatou a dinâmica dos fatos de forma semelhante ao interrogatório anterior. Disse ainda que ele e **Adriano** acertaram "umas porradas" na vítima, sem enforcá-la, e achou que ela estava apenas desmaiada (fls. 516/517).

Nessa mesma fase, **Adriano** explicou que, depois da colisão, a vítima concordou em deixar seu veículo com eles até obter dinheiro para pagar o conserto. No caminho, houve agressão e ela deixou o carro de **Gilson**, onde estava, e saiu correndo para um pântano. Esses dois iniciaram uma briga, sendo que **Gilson** desferiu socos contra aquela. **Adriano** participou da luta assim que viu seu amigo receber uma "gravata". Agrediu a vítima com aproximadamente três socos, sem saber onde a atingiu, pois estava escuro. Negou que a tenha estrangulado. Quando o ofendido caiu ao chão, pensaram que ele tinha desmaiado e, então, foram embora do local (fls. 518/519).

Acesso ao Sumário

Na fase policial, *Adnilson dos Santos Lima* contou que é irmão do acusado **Gilson** e que, na ocasião dos fatos, havia emprestado seu carro a ele. No dia seguinte, seu irmão devolveu-lhe o veículo com marcas na traseira correspondentes a um acidente de trânsito. Ele contou-lhe que trafegava pela Estrada de Caucaia, quando outro automóvel bateu em seu carro, o que ocasionou uma briga com o motorista desse veículo. Dias depois, ouviu em um bar comentários de que ele e seu irmão teriam matado uma pessoa em uma briga. Diante disso, indagou **Gilson** e este confirmou que ele e **Adriano** entraram em luta corporal com o motorista que colidiu em seu automóvel, porém não disse que o mataram (fls. 33/34). No sumário da culpa, apenas confirmou que, na data dos fatos, havia emprestado seu carro a seu irmão **Gilson** e que, no dia seguinte, este lhe disse que estava com **Adriano** e bateu o veículo durante a madrugada, mas nada mencionou sobre a briga ou sobre ter matado uma pessoa (fl. 229). No plenário, reiterou seu depoimento no inquérito policial (fl. 512/512v°).

A esposa do ofendido, *Marli Nazaria de Magalhães*, contou apenas que o carro de seu marido foi encontrado na lateral da pista, com marcas de acidente de trânsito, e o corpo dele, em um matagal nas proximidades.

As testemunhas *José Antonio Adorno Barros, José Aparecido Ribeiro da Silva e Messias da Silva Pereira* informaram somente que, após o horário de trabalho, saíram com a vítima de madrugada, sendo que o carro desta não apresentava marcas de acidente de trânsito; ela não estava embriagada e deixou os colegas em suas respectivas casas, rumando sozinha para sua residência. Souberam de sua morte na manhã seguinte (fls. 230, 231 e 285).

As testemunhas de defesa *Geremias Domingues da Silva, Antonio Martins, Hermes Marçal do Carmo, Edvair Alves Falcão, Nacizo Francisco dos Santos* e *Edivaldo Batista dos Santos* nada souberam dizer sobre os fatos, apenas atestaram a idoneidade dos réus (fls. 232/234, 262/263, 274 e 514).

A policial militar *Eliana Rodrigues Scamardi* contou, no sumário da culpa, que foi acionada para averiguar um veículo que estaria parado na via pública. Pesquisaram informações sobre o proprietário, que se tratava da vítima, e, após ligar para a residência dele, souberam que ele ali não se encontrava. Em diligência policial pelo local dos fatos, foi encontrado o corpo da vítima a 20/30 metros de distância da estrada. Ele estava com o tórax e a cabeça submersos no brejo (fl. 284).

O concunhado do ofendido, *Antonio Felinto dos Santos*, narrou, nessa mesma fase, que, na manhã seguinte ao ocorrido, estava passando pelo local dos fatos, quando visualizou o carro da vítima abandonado. Logo depois, foi localizado o cadáver a cerca de 40 metros de distância da estrada. O corpo dela estava bastante machucado e estava deitado de costas, com a cabeça submergida na lama (fl. 286).

Acesso ao Sumário

A esposa do acusado **Adriano**, *Gisele Pereira Alves*, informou, no plenário, que soube que ele passou por um acidente de trânsito e que isso gerou uma discussão, não possuindo maiores detalhes (fl. 513/513v°).

A testemunha *José Geraldo dos Santos* relatou, também no plenário, que o cadáver da vítima foi encontrado próximo ao veículo dela, parado na Estrada de Caucaia, e que seu corpo estava praticamente dentro de uma vala. Receberam denúncia anônima de que *Adnilson*, vulto "Boy", teria cometido o crime e estaria com o carro amassado. Após encontrá-lo, este disse que havia emprestado seu automóvel ao irmão **Gilson**, que lhe contou que, na companhia de **Adriano**, sofreu um acidente de trânsito, entrou em luta corporal com a vítima, sem saber se a matou. **Adriano** foi interrogado e relatou-lhe que, após o acidente, o ofendido fugiu e Gilson perseguiu-o, entrando ambos em luta. Como este estava em desvantagem, ajudou-o, sendo que os dois enforcaram a vítima com as mãos e deixaram seu corpo dentro da vala (fls. 515/515v°).

Desse modo, não obstante tenha o apelante **Gilson** invocado a ausência do dolo de matar, trata-se apenas de uma das versões a respeito da realidade dos fatos, cabendo aos jurados, de acordo com sua livre convicção, optar pela vertente que lhes pareceu mais plausível.

Os jurados, no desempenho da soberania que lhes é garantida pela Constituição Federal, adotaram conclusão plausível e respaldada em elementos de prova constantes dos autos. Acolheram, assim, a versão exposta pela acusação, afastando o pedido desse réu.

Assim, o Conselho de Sentença adotou a versão do ocorrido que lhe pareceu a mais verossímil, decisão soberana, que não merece ser questionada.

As qualificadoras de motivo fútil e emprego de recurso que dificultou a defesa do ofendido estão igualmente em harmonia com o conjunto probatório, razão pela qual, também neste aspecto, a decisão do Tribunal do Júri não se apresenta como manifestamente contrária à prova dos autos.

Insta salientar, a respeito, que as teses defensivas de excesso culposo na legítima defesa, desclassificação para o delito de lesão corporal e homicídio privilegiado foram submetidas à apreciação dos jurados, nos termos do que dispõem os artigos 482 e 483 do Código de Processo Penal, sendo rechaçadas (vide fls. 520/521v°).

Patente, pois, que, não tendo o decreto condenatório se mostrado absolutamente conflitante e incompatível com a prova produzida nos autos, é impossível se falar em novo julgamento pelo Tribunal do Júri.

Destarte, de ofício, retifica-se a r. sentença para **absolver o réu Adriano Ferreira da Silva dos delitos a ele imputados na decisão de pronúncia e NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso do apelante Gilson dos Santos Lima**, mantendo-se, quanto a ele, a r. sentença tal como prolatada.

Acesso ao Sumário

Esgotados os recursos ordinários, expeça-se mandado de prisão contra o acusado Gilson dos Santos Lima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005484-77.2016.8.26.0408, da Comarca de Ourinhos, em que são apelantes DANIEL DA CONCEIÇÃO SANTOS e LUIZ CARLOS RODRIGUES FERREIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.921)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 25 de setembro de 2018.

CAMILO LÉLLIS, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – FALSO TESTEMUNHO – Materialidade e autoria delitivas suficientemente comprovadas no decorrer da instrução, tanto que sequer foram objeto de insurgência defensiva – Pretendida alteração das penas restritivas de direitos impostas na r. sentença – Descabimento – Prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária que se revelaram consentâneas aos fins da pena e que não comportam modificação – Sanções que, além de possuírem caráter punitivo, devem ser impostas de acordo com o poder discricionário do magistrado, e não por faculdade de escolha do sentenciado – Serviços comunitários que deverão ser compatíveis com o exercício da atividade laboral dos sentenciados – Inteligência do art. 148, da LEP – Eventual hipossuficiência dos acusados em adimplir o pagamento da prestação pecuniária ou necessidade de parcelamento que deverão ser arguidas e apreciadas no momento da execução da pena – Recursos desprovidos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Pela r. sentença de fls. 329/332, **Daniel da Conceição Santos e Luiz Carlos Rodrigues Ferreira** foram condenados à pena de 02 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial aberto, mais ao pagamento de 11 dias-multa, no mínimo legal, como incursos no art. 342, §1º, do Código Penal. Preenchidos os requisitos legais, as sanções corporais foram substituídas por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo da condenação, e prestação pecuniária no importe de um salário mínimo.

Inconformados, apelam os acusados, pleiteando a exclusão da pena de prestação de serviços à comunidade ou, alternativamente, a substituição pela proibição de frequentar determinados lugares ou, ainda, a redução do tempo de cumprimento. Pugnam, ainda, pelo parcelamento da sanção pecuniária (fls. 335/343 e 354/358).

Contrariados os recursos (fls. 366/369), subiram os autos, tendo a D. Procuradoria de Justiça opinado pelo desprovimento dos apelos (fls. 381/384).

É o relatório.

A imputação é a de que, no dia 02 de outubro de 2014, por volta das 15 horas, no Edifício do Fórum Desembargador Vasco da Conceição, situado na Rua Expedicionário, nº 1895, em Ourinhos, os acusados fizeram afirmação falsa e negaram a verdade, como testemunhas, em processo judicial com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, que tramitou perante a 2ª Vara Criminal de Ourinhos.

Segundo narra a denúncia, os acusados foram arrolados como testemunhas do Ministério Público no processo crime nº 5484-77/2016, no qual figurava como réu Danilo Henrique Barbosa, a quem foi imputada a conduta de tráfico de drogas.

Naquela oportunidade, **Daniel**, que se encontrava em frente à residência de Danilo, ao apresentar conduta suspeita, foi abordado pelos policiais militares Carlos Alexandre Cornélio e Elton de Oliveira Fernandes, e posteriormente **Luiz** foi abordado no interior da referida residência. Ao serem indagados pelos milicianos e pela autoridade policial, confessaram que eram usuários de maconha e estavam no local para adquirirem este tipo de droga de Danilo, ainda, que **Daniel** já havia adquirido uma porção da mesma substância de Danilo, cerca de 20 dias atrás, conforme declarações de fls. 13/14.

Contudo, durante a audiência de instrução, debates e julgamento, **Luiz e Daniel** alteraram suas versões, fazendo afirmação falsa e negando a verdade, aduziram que não são usuários de maconha e não foram até a residência de Danilo para comprar este tipo de droga.

Com efeito, no caso em tela, os elementos de prova carreados para os

Acesso ao Sumário

autos da *informatio delicti* e ratificados durante a instrução, sob o crivo do contraditório, demonstram, com clareza e segurança, a imputação atribuída aos acusados.

Isso porque tanto a materialidade como a autoria delitiva restaram suficientemente comprovadas pelas provas documental e oral colhidas na instrução criminal.

Não se olvide, ainda, tratarem-se de réus confessos (conf. *mídia digital*).

Aliás, desnecessária a análise mais aprofundada do conjunto probatório, pois os recursos defensivos buscam apenas a modificação das penas restritivas de direitos impostas em primeiro grau. O Ministério Público, por seu turno, não apelou.

Destarte, temos que os reclamos não comportam provimento.

Vejamos.

Insubsistente a pretendida exclusão da prestação de serviços à comunidade.

Ora, os apelantes foram condenados à pena privativa de liberdade superior a um ano. Nessa medida, a substituição deve se dar por duas restritivas de direitos, nos termos do art. 44, §2º, do Código Penal. E foi nestes termos que se operou a substituição em primeiro grau, não comportando exclusão pretendida.

Ademais, embora a substituição da pena corporal funcione como um benefício ao agente que se mostre merecedor, não existe previsão legal para que o condenado escolha a que melhor lhe convenha para cumprimento, sob a pena, inclusive, de lhe retirar o caráter sancionador e educativo.

Há de se considerar, ainda, que se trata de pena imposta e não de mero favor que o sentenciado fará à sociedade. A intenção da pena é que o agente afaste de seu espírito a sensação de impunidade, sendo importante a existência de algum incômodo e inconveniente na sua rotina ou na sua vida financeira, até para que se lembre do motivo de estar prestando serviços e/ou pagando a pecúnia, com vistas, ainda, à sua recuperação.

Dessa forma, a escolha das penas restritivas de direitos elencadas no art. 43, do Código Penal deve ficar a critério do julgador, dentro de seu poder de discricionariedade, cabendo-lhe escolher a que entender mais adequada ao caso *sub judice*. E, na hipótese dos autos, não se verifica nenhuma ilegalidade nas sanções substitutivas eleitas pelo sentenciante.

Logo, a pretendida alteração da pena de prestação de serviços à comunidade por proibição de frequentar determinados lugares, sob a alegação de incompatibilidade de cumprimento daquela sanção com a atividade profissional dos acusados não merece prosperar, notadamente porque o art. 148, da Lei de Execução Penal será necessariamente levado em consideração pelo juízo de Execução quando da adequação dos horários em que os réus prestarão os

Acesso ao Sumário

serviços à comunidade.

Estabelece o referido dispositivo legal que:

"*Em qualquer fase da execução, poderá o Juiz, motivadamente, alterar, a forma de cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade e de limitação de fim de semana, ajustando-as às condições pessoais do condenado e às características do estabelecimento, da entidade ou do programa comunitário ou estatal*".

Assim, salvo em casos excepcionais, o exercício de atividade laboral é plenamente compatível com a pena alternativa de prestação de serviços à comunidade, uma vez que deverá ser ajustada de forma a não prejudicar a jornada normal de trabalho, *ex vi* do art. 46, §3º, do Código Penal.

Registre-se, por fim, que, no que toca ao pretendido parcelamento da prestação pecuniária imposta aos réus, eventual impossibilidade de cumprimento da sanção imposta por hipossuficiência deverá ser arguida e comprovada perante o juízo competente, no momento da execução da pena.

Nada há, portanto, a ser alterado, devendo a r. sentença subsistir por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento aos recursos.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008276-33.2015.8.26.0248, da Comarca de Indaiatuba, em que são apelantes/apelados D.C.G.S. e C.R.S., é apelada C.G.S. e Apelado/Apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento aos recursos da acusação e de C., para: a) fulcrar-se a condenação de C.R.S., nos artigos 33 "caput" da Lei nº 11.343/06, 333 "caput" do Código Penal e 244- B da Lei 8.069/90, aumentadas suas penas finais para 11 anos de reclusão e 761 dias-multa, diária mínima; e b) serem mantidas as condenações de C.G.S. e D.C.G.S., no art. 33 "caput" da Lei nº 11.343/06, as quais passarão a experimentar, cada uma delas, as sanções de 06 anos de reclusão e 600 dias-multa, diária mínima, desprovendo-se o apelo de D. Comunique-se, de imediato, ao juízo das Execuções Criminais o teor desta decisão, no tocante a C. Quanto a C. e D., expeça-se mandado de prisão de imediato, independentemente do trânsito em julgado e de embargos de declaração, porque bastante a presente decisão, para tanto (STF - HC 126.292; ADC' s 43 e 44; ARE, com repercussão

Acesso ao Sumário

geral, 964.246).", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.527)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), WILLIAN CAMPOS e ALEX ZILENOVSKI.

São Paulo, 4 de outubro de 2018.

IVAN SARTORI, Relator

Ementa: Apelações ministerial e defensórias – Tráfico de entorpecentes, associação para esse delito, corrupção ativa e corrupção de menores. Absolvição das acusadas, na origem, por insuficiência de provas, dos três últimos delitos. Ausência de estabilidade e de ânimo subjetivo em relação à associação ao tráfico – Precedentes – Absolvição que se mantém. Autorias e materialidades configuradas no tocante ao tráfico – Testemunhos dos agentes policiais, sob o crivo do contraditório, ratificando a prova administrativa – Corrupção ativa bem delineada, igualmente, no tocante a C. – Delito que tem caráter formal, nada distinguindo a lei sobre a vantagem oferecida – Corrupção de menores também caracterizada, somente quanto a ré última, uma vez que utilizada adolescente para a prática do suborno – Súmula 500 do STJ – Bases do tráfico acima do mínimo bem justificadas, advindo maior majoração, nesta instância, para C., dados os maus antecedentes, o que se mantém para os delitos outros – Afastamento da reincidência dessa mesma ré, como quer a defesa, uma vez ultrapassado o período depurador – Não incidência do privilégio previsto na lei de drogas, para as três acusadas, ausentes os requisitos legais – Penas redimensionadas – Concurso material de rigor, em se tratando de delitos diversos, a abrangerem bens jurídicos distintos – Regime fechado necessário para todas, como também postulado pelo *Parquet* – Recurso de C. e da acusação parcialmente providos, desacolhido o outro.

Acesso ao Sumário

VOTO

Ação penal em que incursas C.G.S., C.R.S. e D.C.G.S. nos arts. 33

"caput" e 35, c.c. 40, VI, todos da Lei nº 11.343/06; 333 do CP e 244-B da Lei nº 8.069/90.

A r. sentença é de parcial procedência, decretada a absolvição de todas quanto aos delitos de associação ao tráfico, corrupção ativa e corrupção de menores, tudo nos termos do art. 386, VII, do CPP. Entanto, foram impostas a C. e D., pelo tráfico, as penas de 02 anos de reclusão, regime aberto, e 200 dias-multa, diária mínima, enquanto a C., as de 07 anos de reclusão, regime fechado, e 700 dias-multa, diária mínima (fls. 489/96).

Recorrem C., D. e o *Parquet.*

O último busca a condenação das rés nos exatos termos da denúncia. Quanto ao apenamento, quer: a) majoração das bases, tendo em vista a quantidade do estupefaciente apreendido e os maus antecedentes de C.; b) afastamento do redutor concedido a C. e D.; c) concurso material entre os delitos; e d) fixação de regime fechado para todas (fls. 516/37).

As condenadas almejam a absolvição plena por insuficiência probatória. C. quer, ainda, o afastamento da reincidência (fls. 611/9 e 620/8).

Contrariedades às fls. 594/606 (C.), 629/36 (C.), 637/44 (D.) e 648/60 (MP).

O parecer da douta Procuradoria de Justiça, da lavra da Dra. Regina Célia Ribeiro, é pelo desprovimento dos apelos defensórios e parcial provimento ao ministerial, para "*se condenar também as rés pelos crimes dos artigos 35, caput da Lei nº 11.343/06, com a agravante do artigo 40, inciso VI, da referida Lei, e artigo 333 do Código Penal, em concurso material de delitos, aumentando-se a pena-base do tráfico de drogas e afastando-se o redutor do §4º, do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, e aplicando-se o regime fechado (D. e C.).*" (fls. 683/93).

Recursos bem processados.

Os autos foram originariamente distribuídos à Eg. 15ª Câmara de Direito Criminal aos 09.06.2017 (fl. 679).

Ao depois, em 18.04.2018, houve redistribuição a esta relatoria, por força da Resolução TJ nº 737/2016 e Ordem de Serviço nº 09/2018, desta Seção (fl. 707).

É o relatório, adotado, no mais, o de primeiro grau.

A teor do auto de prisão em flagrante de fls. 65/6, b.o. de fls. 78/83, auto de exibição/apreensão de fls. 84/6, laudo de constatação preliminar de fl. 88, laudos periciais de fls. 181, 183, 228 e 237, exame químico-toxicológico de fls. 399, as rés foram pilhadas por agentes públicos porque, associadas entre si e com a adolescente S.G.N.F., preparavam, para o fim de tráfico, 388,2g de crack e 841 porções do mesmo entorpecente (206g), além de terem praticado corrupção ativa, uma vez que ofereceram dinheiro aos agentes da ordem para

Acesso ao Sumário

evitar a prisão em flagrante.

Narra a peça inaugural que, por volta das 20h00 do dia 09.12.2015, policiais militares, em patrulhamento de rotina, passaram defronte ao imóvel sítio dos fatos, quando se depararam com S. no portão, a qual, ao notar a aproximação policial, correu para o interior da edificação.

Assim, suspeitando de tal conduta, eles ingressaram ali para verificar o que estava ocorrendo. Ao adentrarem a sala, surpreenderam C., C. e D. embalando drogas. No local, havia uma balança de precisão e várias embalagens plásticas idênticas aquelas que estavam usando. Parte da droga já estava embalada (841 porções) e outra estava a granel, dentro de vasilhas plásticas.

Ao serem indagadas, as increpadas confessaram que estavam embalando estupefacientes e que recebiam a quantia de R$ 200,00, por dia de serviço. A adolescente nada declarou.

Nas mesmas condições de tempo e lugar, C., agindo de comum acordo com C. e D., ofereceu a quantia de R$ 2.500,00 aos policiais militares Adalto Aparecido Gomes e Charles Rodrigo Lucas Correa, para que não fossem presas. Diante da oferta, o primeiro perguntou a C. se a quantia estava disponível, ao que ela e as demais pediram para a adolescente ir buscar o numerário. Quando S. retornou com o dinheiro, entregando-o a A., todas foram presas e a adolescente apreendida.

Daí este processo.

Na delegacia, C. optou pelo silêncio (fl. 74).

D. disse que "*acompanhou sua genitora C. até a casa da amiga C. e quando chegaram e se dirigiram até a sala, encontraram C. embalando drogas. A interroganda ficou muito nervosa e chamou a mãe para ir embora, referindo que ela tinha saído recentemente da cadeia. Enquanto se preparavam para deixar a casa, a Polícia Militar chegou e efetuou a prisão de todas que estavam na residência. Não recorda se a filha de C. estava na sala da casa. Que, a interroganda não ofereceu dinheiro para os policiais para que não efetuassem suas prisões, bem como as outras mulheres não o fizeram. Não viu dinheiro na casa de C. e nada sabe sobre o dinheiro aqui apreendido. Informa que a filha de C., S., somente saiu para buscar a irmã na escola...*" (fl. 75).

C., por sua vez, asseverou que "*já foi presa e processada por crime de tráfico de drogas. Que a interroganda é amiga da indiciada C., a qual conhece do Posto de Saúde UBS 10. Na tarde de ontem, por volta das 17h00, a interroganda e a filha D. foram até a casa de C. tomar café com ela e quando chegaram na residência, encontraram C., na sala, embalando drogas, sendo que a filha dela, S., também estava naquele cômodo, sentada ao chão. A interroganda ficou surpresa e logo disse que iria embora, porque tinha saído recentemente da cadeia e não queria problemas. Quando a interroganda e a filha se preparavam*

para ir embora, foram surpreendidas pela chegada da Polícia Militar, que efetuou a prisão de todas que estavam na residência. Que, a interroganda nega ter oferecido dinheiro para que os policiais não efetuassem suas prisões, não sendo verdade que tivesse mandado S. sair para buscar esse dinheiro. Na verdade, os policiais encontraram o dinheiro, a quantia de R$ 2.000,00, no quarto de C..." (fl. 76).

A adolescente S., filha de C., disse que tinha acabado de chegar com a irmãzinha, quem buscou na escola. A criança se soltou e correu para dentro da casa, razão pela qual correu atrás dela. Ao entrar na sala, viu a genitora, D. e C. juntas, e ao lado, drogas dentro de vasilhas e embalagens. Ficou surpresa, pois nunca tinha presenciado tal fato na casa, tampouco sabia do envolvimento das increpadas com o comércio nefasto. Sua mãe, a todo tempo, lhe pedia perdão. Ocorre que, assim que entrou na casa, foi surpreendida pela chegada de policiais militares. Ficou todo tempo dentro da casa e não saiu em momento nenhum para buscar dinheiro. Não presenciou as envolvidas oferecendo dinheiro aos policiais e nada sabe sobre o dinheiro apreendido (fls. 72/3).

Em juízo, C. resolveu falar, enquanto as demais inovaram, contando história diversa da narrada na fase inquisitiva.

A primeira disse que, realmente, recebeu R$ 200,00 de uma pessoa, de outro bairro, que lhe pediu para guardar a droga. Não estavam embalando drogas. C. apareceu ali, por volta das 18h00, para pegar um medicamento para a pressão, que a depoente tinha pegado no posto de saúde em que trabalhava. As corrés não participaram de nada. S. não estava em sua casa, quem saiu para buscar a outra filha, A.J., na escola. Logo após eles chegarem, a polícia invadiu sua casa, quando lhes informou que tinha recebido uma quantia para guardar o entorpecente. Não ofereceram dinheiro aos policiais e sua filha não saiu de casa em momento nenhum (mídia arquivada na serventia).

C. voltou a afirmar que não estava embalando drogas. Foi ao local, juntamente com a filha, para buscar um medicamento que tinha pedido para a amiga levar para a casa dela, uma vez que seu horário de trabalho era incompatível com o de funcionamento do posto de saúde. Estava tomando o medicamento, quando o local foi invadido pelos policiais. Eles levaram C. para o quarto, de onde saíram com uma sacola. Posteriormente, eles falaram que a última estava presa e, depois de a depoente mencionar que tinha passagem, eles falaram que todas estavam presas. O remédio que foi buscar era para a diabetes. Já foi condenada por tráfico de drogas. Não ofereceu dinheiro para os policiais. D. estava do lado de fora, fumando, e não entrou na casa (mídia arquivada na serventia).

Acesso ao Sumário

No mesmo sentir, o depoimento da corré D., quem disse que estava no local acompanhando a mãe, a qual foi buscar um medicamento com C. As

drogas foram localizadas no quarto da última. Ficou do lado de fora da casa o tempo todo. Não viu dinheiro e não viu S. saindo da casa (mídia arquivada na serventia).

S., por sua vez, disse que, ao chegar na casa, a polícia já estava ali. Não viu os entorpecentes encontrados pelos policiais. Ninguém ofereceu dinheiro a eles e, em momento nenhum, saiu da casa. Nunca tinha visto drogas na casa (mídia arquivada na serventia).

Contudo, suas alegações não convencem.

É que os policiais militares oficiantes foram firmes em seus testemunhos, ao azo do flagrante, tendo sido ratificada, em juízo, a prova administrativa e em todos os seus termos.

Contaram que estavam em patrulhamento de rotina, quando notaram uma adolescente sentada no portão de uma casa, quem, ao avistar a viatura policial, demonstrou nervosismo e correu para dentro do imóvel, deixando o portão aberto. Decidiram ingressar ali para ver o que estava ocorrendo, momento em que se depararam com três mulheres, na sala, embalando drogas, as quais estavam dentro de vasilhas plásticas. Elas utilizavam saquinhos do tipo "chup-chup". Ali havia também uma balança de precisão e diversos saquinhos vazios, idênticos aos que elas usavam. Ao serem questionadas, informaram que C. era a proprietário da casa, a qual disse que estava embalando estupefacientes, devido à dificuldade financeira. Ganhavam R$ 200,00 por dia. S. não dizia nada, apenas chorava. Enquanto realizavam buscas na casa, C., de comum acordo com as demais, ofereceu R$ 2.500,00 à equipe, para que fossem embora sem efetuar suas prisões. Um dos policiais a indagou se o dinheiro estava na casa, ao que ela disse que não, mas que a adolescente poderia ir buscá-lo. Então, S., a mando das três, saiu para buscar o dinheiro e, ao retornar, efetuou a entrega aos depoentes, oportunidade em que deram voz de prisão às três, por tráfico, associação a este delito e corrupção ativa (fls. 67/8 e 70/1).

Em juízo, o policial A. acrescentou que as acusadas confessaram que embalavam drogas, cujo serviço lhes rendia R$ 200,00 por dia. Havia mais de 700 pedras no local. C. ofereceu R$ 2.500,00 aos policiais e depois efetuou uma ligação, oportunidade em que S., acompanhada à distância, foi buscar o dinheiro, que estava em uma calçada. Não sabe dizer se a menor participava do tráfico. As três detidas estavam sentadas no chão. Permitiram que C. fizesse a ligação, dado o interesse em identificar a pessoa para a qual trabalhavam. Estava a uns cinquenta metros de distância, quando acompanhou a adolescente ir buscar o dinheiro (ref. sentenciais).

O policial Charles, por sua vez, disse que presenciou as increpadas embalando drogas, cada uma em um lugar. A adolescente parecia estar na função de olheira. C. disse que fazia aquele serviço, pois precisava de dinheiro

Acesso ao Sumário

para sustentar a família. Não se recorda o que as outras falaram. Elas ofereceram dinheiro à guarnição e acompanharam S., à distância, no momento em que ela foi buscar o dinheiro. A droga estava próxima a elas, com vasilha e saquinhos de "chup-chup", dando a entender que estavam embalando drogas. Acredita que tinha mais de um quilo de entorpecente (ref. sentenciais).

Assim, os testigos acusatórios, aliados às condições em que se deu o flagrante, não deixam dúvida quanto à traficância exercida pelas rés.

Não é, outrossim, de suspeitar-se da narrativa dos detentores, em inexistindo fator ao revés e prestando eles compromisso como qualquer testemunha.

Nessa senda: STJ – HC 372.072, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 22.02.2017; STJ – HC 314.454/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 17.02.2017.

E, desta Casa de Justiça: Apelação nº 0003256-50.2015.8.26.0575, Rel. Moreira da Silva, 13ª Câmara Criminal, j. 23.02.2017.

Note-se, inclusive, que, para caracterizar o crime de tráfico de entorpecentes, o agente não necessariamente deve ser flagrado em efetivo comércio ou auferindo lucro, bastando que se identifique algum dos núcleos elencados no tipo penal.

Na espécie, as ora apelantes infringiram a norma do art. 33, por, ao menos, prepararem substâncias entorpecentes, cuja destinação comercial é evidenciada pelos elementos de prova, tendo em vista a quantidade e o acondicionamento, incompatíveis com o porte para consumo pessoal (388,2g de crack; e 841 porções do mesmo entorpecente - 206g), sem falar na balança de precisão, nos saquinhos vazios e no dinheiro, que não teve comprovada a origem lícita.

Além disso, uma delas, como se verá, ostenta condenação precedente pela prática de delito idêntico, o que não deixa de ser sintomático.

Não as socorrem os depoimentos de N.M.J.S., F.F., F.A.C., J.O.Q., J.C.S.A. e M.D.N., dês que não presenciaram os fatos, limitando-se a atestar a idoneidade das arrolantes (mídia arquivada na serventia).

Note-se, ainda, que, contraditoriamente, C. e D. disseram que estavam na casa para buscar um medicamento para diabetes, enquanto C. afirmou que iria entregar remédio de pressão alta para a primeira, o que retira toda a credibilidade de suas alegações.

Aliás, nenhum medicamento foi apreendido no lugar, o que seria fundamental para robustecer a alegação defensória.

E S., ainda no calor dos fatos e bastante abalada, bem asseverou que surpreendeu a genitora e as amigas ao lado de um vasilhame com entorpecentes, o que nunca havia avistado ali, oportunidade em que C. lhe pediu perdão.

Nesse quadro, justas as condenações pelo tráfico, não se cogitando,

Acesso ao Sumário

absolutamente, de decreto absolutório ou desclassificação.

Todavia, respeitado o posicionamento ministerial, não há elementos suficientes para a condenação das rés pelo crime do art. 35 da Lei 11.343/06, em não havendo prova inequívoca da existência da associação entre elas, para a prática do tráfico.

Com efeito, assente na doutrina e jurisprudência que, para a configuração do crime em comento, necessários inconcusso ânimo subjetivo, estabilidade e propósito convergente, com o fim de praticar o comércio ilícito, não se confundindo isso com o mero concurso de agentes.

No respeitante, confira-se o entendimento da Instância Especial:

"... O eg. Tribunal a quo, ao dar provimento ao recurso de apelação criminal ali interposto pelo Ministério Público, condenou o ora agravante como incurso nas sanções do art. 35, caput, da Lei n. 11.343/2006 (...) Com efeito, ao condenar o ora agravante como incurso nas sanções do art. 35, caput, da Lei n. 11.343/2006, o eg. Tribunal a quo adotou orientação divergente do posicionamento firmado nesta Corte Superior, firmado no sentido de que 'para a caracterização do crime de associação para o tráfico, é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se subsume ao tipo do artigo 35 da Lei 11.343/2006' (HC n. 208.886/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 1º/12/2011) (...) Diante do exposto, conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial, nos termos do art. 253, parágrafo único, inciso II, alínea c, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, para restabelecer a sentença proferida pelo MM. Juízo de 1º Grau." (AREsp 1.023.400, Min. Félix Fischer, DJe. 22.02.2017);

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. MATERIALIDADE NÃO COMPROVADA. AUSÊNCIA DE DOLO DE ASSOCIAR-SE COM ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. MERO CONCURSO DE AGENTES... 2. O colegiado a quo convenceu-se de que as pacientes associaram-se para o comércio ilícito de entorpecentes, em razão de haverem sido 'avistadas juntas' cometendo o crime de tráfico. Afirmou ser prescindível a demonstração de estabilidade, bastando à caracterização do crime a ocorrência de concurso eventual de pessoas. Tal entendimento, contudo, destoa da jurisprudência desta Corte Superior, que orienta no sentido de que, notadamente após a abolição do delito de associação eventual para o tráfico, tipificado na antiga legislação de drogas, a caracterização do crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/06 demanda a comprovação do dolo de associar-se em caráter estável ou permanente

Acesso ao Sumário

para a mercancia. Precedentes...” (HC 367.970/SP, Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe. 10.02.2017).

De fato, esses elementos não estão presentes extreme de dúvidas, na espécie, porquanto não se extrai da prova, inclusive dos depoimentos dos policiais oficiantes, indicativo de hierarquia e permanência estruturada da comparsaria, até porque não houve interceptação telefônica, perícia em aparelhos celulares ou trabalho investigativo mais detalhado, de modo a demonstrar-se vínculo desse jaez.

O que se vê do conjunto probatório é que as rés preparavam as drogas em conjunto, fato a revelar, sim, a prática do tráfico em concurso de agentes.

E, inexistindo o liame subjetivo para o crime em comento, não se pode admitir presunção, notadamente em matéria penal.

Logo, de rigor o decreto absolutório no respeitante.

Quanto à corrupção ativa, tem-se que bem caracterizada, porém, somente em relação à C., dados os testemunhos dos milicianos, que foram firmes e coesos, quanto ao oferecimento da vantagem apenas por parte dela.

Não há indicativo nenhum de oferecimento da vantagem por C. e D., o que, de certo, também não se pode presumir, ainda que seriam beneficiadas pela conduta.

Acrescente-se que o crime de corrupção ativa tem caráter formal e se configura com o simples oferecimento da vantagem, que pode ser de qualquer natureza, em não fazendo a lei distinção a respeito.

No respeitante, confira-se explanação de Guilherme de Souza Nucci: *“(...) Vantagem indevida: pode ser qualquer lucro, ganho, privilégio ou benefício ilícito, ou seja, contrário ao direito, ainda que ofensivo apenas aos bons costumes. Entendíamos que o conteúdo da vantagem indevida deveria possuir algum conteúdo econômico, mesmo que indireto. Ampliamos o nosso pensamento, pois há casos concretos em que o funcionário deseja obter somente um elogio, uma vingança ou mesmo um favor sexual, enfim, algo imponderável no campo econômico e, ainda assim, corrompe-se para prejudicar ato de ofício. Por vezes, já que a natureza humana é complexa para abarcar essas situações, uma vantagem não econômica pode surtir mais efeito do que se tivesse algum conteúdo patrimonial. Não se tratando de delitos patrimoniais, pode-se acolher essa amplitude (...).*” (Código Penal Comentado, 13ª ed., Revista dos Tribunais, p. 1221).

Nesse contexto, houve a oferta de dinheiro, inexistindo dúvida quanto à tipicidade da conduta.

Patente, outrossim, a caracterização do crime do art. 244-B da Lei 8.069/90 para C., eis que se valeu, ela da adolescente S.G.N.F. para buscar o dinheiro e cometer o ilícito contra a Administração Pública.

Acesso ao Sumário

E a corrupção de menor é infração de natureza formal, bastando tenha o incapaz participado de conduta delitiva em concurso com o maior, ainda que não tenha sido por ele induzido ou enganado.

Esse o entendimento da Instância Especial, consolidado na Súmula 500.

Na mesma linha, o posicionamento desta Casa (Apelação nº 0003422-76.2013.8.26.0050, 8ª Câmara Criminal Extraordinária, rel. Des. Carlos Monnerat, j. 06.12.2016; Apelação nº 0105270- 72.2014.8.26.0050, 15ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Willian Campos, j. 27.10.2016, v.u.).

Passa-se a dosimetria.

As bases do tráfico, para as três, foram fixadas 1/5 acima do linde inferior, ficando em 06 anos de reclusão e 600 dias-multa, diária mínima, dada a quantidade do estupefaciente apreendido, o que se mostra de acordo com o previsto no art. 42 da Lei de Regência, descabendo falar-se em redução.

Mas, conforme bem anotado pelo douto promotor de justiça oficiante, as bases de C. devem ser majoradas ainda mais, dada a presença de maus antecedentes (fl. 392 - tráfico de drogas), cujo apenamento foi extinto, pelo cumprimento, aos 18.11.2009 (fl. 53).

De fato, tem sim a sentenciada maus antecedentes, gizado que, para constatação tal, basta condenação definitiva, que não a reincidência, não havendo falar na extinção do registro porque superado o período depurador, pouco importando, ainda, a extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena, a teor da lei.

Nessa senda: Apelação nº 0091348- 95.2013.8.26.0050, 16ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Otávio de Almeida Toledo, j. 02.06.2015; Embargos Infringentes nº 0003295-12.2013.8.26.0577/50000, 7ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Amaro Thomé, j. 21.05.2015.

Assim, sopesada a quantidade de entorpecentes apreendidos (já considerada pelo douto sentenciante) e a especificidade da conduta precedente praticada por C., suas bases devem ser majoradas da metade, partindo-se, agora de 07 anos e 06 meses de reclusão, além de 750 dias-multa, diária mínima.

Na sequência, houve o acréscimo de 1/6 aos apenamentos de C., por conta da reincidência, o que ora se afasta, uma vez transcorrido o período depurador.

De fato, foi utilizada, para tanto, a certidão de fl. 392, a configurar, sim, maus antecedentes, tanto que computada na fase precedente, como pleiteado pelo órgão acusador.

E não se aplica, na espécie, a causa de aumento do art. 40, VI, da Lei Especial, como quer a acusação, uma vez que não vislumbrado pelos policiais, extreme de dúvidas, a participação da adolescente no tráfico de drogas, a qual estava no portão da casa.

Acesso ao Sumário

Passo seguinte, aplicou-se, para C. e D., o privilégio do § 4º do art. 33 da Lei Especial, reduzindo-se de 2/3 seus escarmentos.

Contudo, com razão o *Parquet* ao buscar o afastamento desse redutor.

C., por ser portadora de maus antecedentes, não faz jus à benesse.

E, quanto a ela e as demais, cabe considerar as circunstâncias delitivas, havendo evidente liame com traficantes de envergadura, dês que, não comprovada satisfatoriamente ocupação lícita, elas não teriam condições financeiras de adquirir tamanho volume de drogas (388,2g de crack; e 841 porções do mesmo entorpecente - 206g).

Ainda, de ser considerada a extrema ousadia das rés, que preparavam o entorpecente em plena residência, ausente qualquer preocupação com a vigilância policial ou delação de terceiros, tudo a indicar tratar-se de profissionais dessa atividade espúria, sem falar na condenação precedente de C. pela prática de delito idêntico, o que não deixa de ser sintomático.

Então, não se trata de neófitas de momento, mas de traficantes experimentadas.

Cediço, acrescente-se, que esse privilégio somente se aplica ao iniciante, aquele que, sendo primário, empreende pequeno tráfico pela primeira vez, do que, absolutamente, não se cuida aqui.

Nesse contexto, realmente inviável a concessão do privilégio, resultando as penas definitivas, para o tráfico, de 06 anos de reclusão e 600 dias-multa, diária mínima, para C. e D., mais 07 anos e 06 meses de reclusão e 750 dias-multa, unidade no piso, para C.

Já para os crimes de corrupção passiva e corrupção de menores, pelos quais também sucumbiu C., as reprimendas iniciais devem ser fixadas 1/6 acima do mínimo, sopesados os maus antecedentes (fl. 392), ficando em 02 anos e 04 meses de reclusão e 11 dias-multa, para a corrupção ativa, e 01 ano e 02 meses de reclusão pela corrupção de menores, que restam definitivas nesses termos, à míngua de circunstâncias modificadoras.

Feita a somatória, dado o concurso material, em se cuidando de delitos diversos, a abrangerem bens jurídicos distintos, chega-se, para C., a 11 anos de reclusão e 761 dias-multa, diária mínima.

Cabente, outrossim, o regime prisional inicial fechado para todas, como quer o *Parquet*, não só pela extensão do apenamento e maus antecedentes de C., mas também pela gravidade concreta da conduta, conforme particularidades acima declinadas (quantidade, natureza, acondicionamento, profissionalismo), anotado que infração tal vem provocando incessante desassossego à sociedade, tanto que assemelhada às hediondas, a par de ocasionar sérios problemas de saúde pública.

Acesso ao Sumário

Ademais, de serem consideradas as personalidades distorcidas e ousadas das acusadas, conforme já exposto quando se apreciou a incidência do privilégio.

Impensável substituição de física, haja vista, inclusive, sua extensão.

Nesse sentir, acórdão do Superior Tribunal de Justiça (HC 375.681/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, *DJe* 24.02.2017).

E desta Casa de Justiça: Apelação Criminal nº 0070824-43.2014.8.26.0050, Rel. Des. Toloza Neto, 3ª Câmara, j. 07.03.2017 e Apelação Criminal nº 0019379-49.2015.8.26.0050, Rel. Des. Guilherme G. Strenger, 7ª Câmara Criminal Extraordinária, j. 08.02.2017.

Destarte, dá-se parcial provimento aos recursos da acusação e de C., para: a) fulcrar-se a condenação de C.R.S., nos artigos 33 "caput" da Lei nº 11.343/06, 333 "caput" do Código Penal e 244-B da Lei 8.069/90, aumentadas suas penas finais para 11 anos de reclusão e 761 dias-multa, diária mínima; e b) serem mantidas as condenações de C.G.S. e D.C.G.S., no art. 33 "caput" da Lei nº 11.343/06, as quais passarão a experimentar, cada uma delas, as sanções de 06 anos de reclusão e 600 dias-multa, diária mínima, desprovendo-se o apelo de D.

Comunique-se, de imediato, ao juízo das Execuções Criminais o teor desta decisão, no tocante a C.

Quanto a C. e D., expeça-se mandado de prisão de imediato, independentemente do trânsito em julgado e de embargos de declaração, porque bastante a presente decisão, para tanto (STF - HC 126.292; ADC's 43 e 44; ARE, com repercussão geral, 964.246).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000080-83.2018.8.26.0599, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante REGINALDO JOSE ALZIZI, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao apelo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3.765)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e COSTABILE E SOLIMENE.

São Paulo, 18 de outubro de 2018.

ANDRADE SAMPAIO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de drogas. Sentença Condenatória. Defesa objetiva a absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, requer a desclassificação para a conduta tipificada no artigo 28 da Lei 11.343/06 ou a desclassificação para o art. 34, da mesma lei. Caso não seja o entendimento, pede a aplicação do redutor, o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Impossibilidade. Materialidade e autoria induvidosas. Conjunto probatório robusto para o delito imputado ao réu na denúncia. Apelante flagrado enquanto trazia consigo 46g (quarenta e seis gramas) de "crack". Ademais, em sua residência, guardava 410g (quatrocentos e dez gramas) de maconha e 391g (trezentos e noventa e um gramas) de cocaína. Finalidade de mercancia caracterizada. Inviabilidade de desclassificação. Condenação pelo delito de tráfico era mesmo de rigor. Dosimetria não comporta reparos. Deixo de fixar a pena-base acima do mínimo, à mingua do recurso ministerial, sob pena de *reformatio in pejus*. Impossível aplicar o redutor, diante das peculiaridades concretas do caso. Regime fechado adequado à hipótese em comento. Impossibilidade de substituição por restritiva de direitos. Recurso improvido

VOTO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto pela douta defesa de REGINALDO JOSÉ ALZIZI, em face da r. sentença, cujo relatório acolho, publicada em 10 de abril de 2018, na qual o MM. Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Piracicaba condenou o apelante às penas de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no piso, por incurso no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade (fls. 211/218).

Irresignada, a Defesa apela objetivando a absolvição por insuficiência de provas. Subsidiariamente, pede a desclassificação para a figura tipificada no artigo 28 da Lei 11.343/06 ou a desclassificação para o art. 34 da mesma lei especial. Caso não se o entendimento, requer a aplicação do redutor, o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena corporal por restritiva de direitos (fls. 224/234).

Acesso ao Sumário

As contrarrazões foram ofertadas, oportunidade em que as alegações defensivas foram rebatidas (fls. 243/249).

Regularmente processado o recurso, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo seu improvimento (fls. 268/283), vindo os autos conclusos em 03 de setembro de 2018.

É o relatório, passo a decidir.

A r. sentença não merece reparos.

Segundo narra a denúncia, no dia 14 de janeiro de 2018, por volta das 20h30min, na Avenida Eurico Gaspar Dutra, s/n, bairro CECAP, na cidade de Piracicaba, REGINALDO JOSÉ ALZIZI trazia consigo, para fins de tráfico e consumo de terceiros, uma porção grande da substância entorpecente "crack", com peso de 46g (quarenta e seis gramas), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Consta, ainda, na exordial que, no mesmo dia do ocorrido, na Rua Altair, nº 50, bairro CECAP, em Piracicaba, REGINALDO tinha em depósito e guardava, para fins de tráfico e consumo de terceiros, 01 (um) "tijolo" de maconha, com peso de 410g (quatrocentos e dez gramas), além de duas trouxinhas de plástico contendo cocaína, com peso de 81g (oitenta e um gramas) e 01 (um) "tijolo" de cocaína, com peso de 310g (trezentos e dez gramas), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Noticia a inicial, que, no dia do ocorrido, policiais militares foram informados, via COPOM, de que REGINALDO se dedicava ao tráfico e armazenava drogas em sua residência.

Ato contínuo, os agentes diligenciaram até a casa do acusado e lá receberam a informação de que REGINALDO estava em um "lixão", localizado na Avenida Eurico Gaspar Dutra, conhecido ponto de venda de drogas.

Em virtude disso, os policiais dirigiram-se até o local, onde conseguiram encontrar o acusado e abordá-lo. Após revista pessoal, localizaram uma pedra grande de "crack" em seu poder. De pronto, REGINALDO admitiu aos agentes que se dedicava ao tráfico e indicou que o restante da droga estava guardado em sua residência.

Ato contínuo, os policiais foram até a residência do apelante. Ao chegarem à localidade, realizaram diligências, conseguindo apreender um tijolo de maconha, duas trouxinhas de cocaína, um tijolo de cocaína e a quantia de R$ 131,00 (cento e trinta e um reais), proveito da mercancia ilícita. Ademais, encontraram 5.000 (cinco mil) "*eppendorfs*" vazios e uma balança de precisão.

Em virtude disso, REGINALDO foi denunciado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06. Após regular instrução processual, a ação foi julgada procedente, sendo o réu condenado nos exatos termos da denúncia.

Irrresignado, apela pleiteando a alteração do *decisum.*

Todavia, sem razão.

A materialidade foi comprovada pelo auto de prisão em flagrante delito (fls.02/07), pelo boletim de ocorrência (fls. 09/14), pelo auto de exibição e apreensão (fl. 15 /17), pelo laudo de constatação preliminar (fls. 22), pelo laudo pericial (fls. 41/43), pelo laudo químico- toxicológico (fls. 180/181), assim como pela prova oral colhida.

Do mesmo modo a autoria.

As testemunhas *Samira Theresa Garbim* e *Ivair Alves Filho*, policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante, narraram os fatos em uníssono, com riqueza de detalhes, em ambas as fases da persecução penal. Asseveraram que, na data dos fatos, estavam em patrulhamento pelo bairro CECAP, quando foram acionados via COPOM, a respeito de um cidadão que estaria realizando tráfico de drogas no bairro. A notícia mencionava que um indivíduo de nome REGINALDO guardava em sua residência uma grande quantidade de drogas. Ao chegarem no local, perceberam que a casa do réu encontrava-se vazia e alguns vizinhos informaram que o proprietário estava em um local conhecido como "lixão". os declarantes, então, diligenciaram até o local, onde abordaram o acusado e em busca pessoal foi localizada uma pedra de "crack". Nesse momento, REGINALDO confessou que aquela droga seria para seu uso pessoal, aduzindo que havia mais entorpecentes em sua residência. Diante disso, os policiais se deslocaram para a residência do acusado, onde em busca localizaram grande quantidade de drogas, objetos para o comércio, tais como "eppendorfs" vazios, uma balança digital e quantidade de dinheiro no valor de R$ 131,00 (cento e trinta e um reais). Por fim, os depoentes asseveraram que inicialmente o acusado alegou que a droga era destinada a uso pessoal, porém, depois acabou confessando que estava traficando (fls. 04/05 e 06 e mídia).

O ora apelante, REGINALDO JOSE ALZIZI, em sede policial, se manteve em silêncio. Em Juízo, negou a prática delitiva. Disse que, no dia dos fatos, portava a porção de 46g (quarenta e seis gramas), destinada a seu uso. Declarou que o restante das drogas descritas na denúncia não lhe pertencia, aduzindo que as drogas foram encontradas na residência de seu filho, o qual armazenava entorpecentes para traficantes. O interrogando afirmou que seu filho o traiu com sua esposa e, por isso, eles armaram o flagrante. REGINALDO aduziu que, ao descobrir a traição, agrediu sua ex-esposa e, por isso, ela e seu filho estavam com medo que ele os matasse. Por fim, o acusado admitiu morar na residência de seu filho e disse que a quantia de R$ 131,00 (cento e trinta e um reais) estavam com ele (fls. 07 e mídia).

Pois bem.

Em que se pese o louvável esforço defensivo, a versão de absolvição por

Acesso ao Sumário

falta de provas não merece prosperar.

Restou devidamente comprovado que REGINALDO trazia consigo 46g (quarenta e seis gramas) de "crack" e guardava, em sua residência, 410g (quatrocentos e dez gramas) de maconha, além de 391g (trezentos e noventa e um) gramas de cocaína e quantia de R$ 131,00 (cento e trinta e um reais) em espécie. Ademais, possuía apetrechos utilizados para a separação das substancias entorpecentes, tais como balança de precisão e aproximadamente 5.000 (cinco mil) "*eppendorfs*" vazios.

Com efeito, os policiais militares foram uníssonos e coerentes ao afirmarem que, no dia do ocorrido, receberam notícia via COPOM de que um indivíduo, de prenome REGINALDO, estaria traficando no bairro e guardava drogas em sua residência. Em vista disso, os agentes foram até o referido imóvel, porém não encontraram o apelante. Na ocasião, os vizinhos disseram que o acusado estava em um lugar conhecido como "lixão". Os policiais dirigiram-se à localidade mencionada e, ao chegarem, encontraram REGINALDO. Após revista pessoal, conseguiram localizar em sua posse uma pedra grande de "crack". Na ocasião, o acusado admitiu a traficância e confessou que guardava mais entorpecentes em sua residência. Assim, os agentes diligenciaram até o imóvel do réu, onde conseguiram encontrar grandes quantidades de drogas, apetrechos para o tráfico e dinheiro.

Quanto aos depoimentos das testemunhas de acusação, é pacífico o entendimento de que a simples condição de policial não enseja seu recebimento com reservas, já que colhidos sob compromisso de dizer a verdade.

Nesse sentido, a princípio, seus relatos têm força probatória e não podem ser tomados por suspeitos apenas e tão somente em virtude da função por eles ocupada no exercício diário do combate à criminalidade.

Como sucede com qualquer testemunha, o valor do depoimento prestado deve ser avaliado com as outras provas angariadas no decorrer do processo, independentemente de a testemunha ser ou não policial.

Seus testemunhos não podem ser desprezados tão somente em virtude de sua condição funcional.

Para tanto, seria necessário trazer aos autos indícios concretos a justificar a parcialidade das testemunhas, não bastando a mera alegação de que mentiriam para justificar sua conduta.

E isto a defesa falhou em fazer.

Na hipótese vertente, verificou-se que os agentes não teriam por que mentir e incriminar injustamente o acusado, valendo frisar que sequer se conheciam anteriormente.

Na hipótese dos autos, os policiais foram bastante convincentes em suas afirmações, inexistindo quaisquer elementos aptos a desaboná-los.

Acesso ao Sumário

Não restou minimamente comprovado que detinham interesse no desfecho da ação penal, o que, novamente ressalta-se, não pode ser presumido tão somente pelo fato de serem policiais.

Portanto, é idônea a prova testemunhal colhida no auto de prisão em flagrante e reafirmada em Juízo, com plena observância do contraditório.

Por outro lado, as alegações defensivas não são aptas a convencer.

Além de inverossímil, a versão sustentada pelo réu em juízo não encontra qualquer respaldo nos autos. Não é minimamente crível que pessoa encontrada com tamanha quantidade de entorpecentes e apetrechos para o tráfico seja apenas usuária.

Além disso, não se sustenta a alegação do apelante no sentido de que o flagrante foi "armado" por seu filho e por sua ex-esposa.

Vale frisar que os policiais foram uníssonos ao afirmarem que, na ocasião da abordagem, o próprio réu assumiu realizar o tráfico de drogas, admitindo que guardava em sua residência mais entorpecentes. E, como já mencionado, inexistem nos autos quaisquer elementos a indicar a parcialidade das referidas testemunhas, as quais depuseram em juízo sob o compromisso de dizerem a verdade.

Ademais, friso que a Defesa não trouxe aos autos provas aptas a comprovar sua versão. Nem mesmo testemunhas foram ouvidas, de modo a indicar a possível desavença entre o réu, sua ex-esposa e seu filho.

Recorde-se que o ônus de comprovar a tese defensiva invocada era do próprio acusado, nos moldes do que dispõe o artigo 156 do Código de Processo Penal. Não basta alegar. Deve-se comprovar o que se alega. Não se desincumbindo desse ônus, a assertiva ficou vazia e perdida nos autos.

Assim, o pedido absolvição por insuficiência de provas não merece prosperar.

Da mesma forma, resta inviável proceder à desclassificação para a conduta tipificada no artigo 28 da Lei 11.343/06.

Na hipótese, ficou claro que os entorpecentes encontrados eram destinados para a mercancia. Friso, neste ponto, que foram apreendidos com o réu, além de enorme quantidade de entorpecentes, diversos apetrechos destinados à difusão ilícita de drogas, tais como uma balança de precisão e vários frascos para condicionamento individual das substancias (*eppendorf's*).

Assim, as conjunturas evidenciam que o réu praticava o narcotráfico, valendo ressaltar, também, que as informações anônimas recebidas pelos policiais mencionavam especificamente o nome de REGINALDO e a sua residência como ponto de comércio de entorpecentes.

Outrossim, para a configuração do delito em tela, não é necessário que

Acesso ao Sumário

aconteça a efetiva operação de venda da substância entorpecente. É suficiente a demonstração que a droga seria fornecida a terceiros, como ocorreu no caso concreto.

Por outras palavras, como é cediço, para a prática do crime tipificado no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, não é necessária atividade estrita de mercancia, mas tão somente a realização de uma das ações especificadas no mencionado dispositivo, a saber:

> *Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer,* ***ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar****, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:* (grifo nosso)

No caso, tem-se que a conduta do réu pode ser subsumida a, pelo menos, três núcleos do tipo penal em comento, quais sejam: **ter em depósito transportar, trazer consigo e guardar.**

Da mesma forma, resta impossível operar à pretendida desclassificação para a conduta prevista no artigo 34 da Lei de Drogas.

Isso porque restou evidenciado que o réu possuía entorpecentes e, além disso, uma balança de precisão e *eppendorf's*. Os referidos instrumentos possuíam o claro intuito de comercializar drogas e, portanto, eram meros acessórios para a prática da conduta principal, qual seja, o comércio ilícito de substâncias proscritas.

Não há desígnios autônomos e, portanto, a conduta do réu amolda-se, unicamente, ao tipo penal previsto no artigo 33, *caput,* da Lei 11.343/06.

Bem lançada a condenação, passo à análise da dosimetria da pena.

Em atenção às circunstâncias do artigo 59 do Código Penal e do artigo 42 da Lei de Drogas, na primeira fase, a base foi fixada no piso em 05 (cinco) anos de reclusão, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Com base no princípio da individualização da pena, nessa fase seria possível fixar a pena-base acima do mínimo, levando-se em conta as circunstâncias do flagrante e, sobretudo, a quantidade de substancias entorpecentes apreendidas com o acusado bem como os acessórios destinados à difusão ilícita das mencionadas substâncias.

Contudo, à míngua do recurso ministerial, pelo princípio do *non reformatio in pejus*, deixo de aplicar esse aumento, e mantenho a pena estipulada.

Não há agravantes nem atenuantes.

Na terceira fase, o i. Juízo de primeiro grau não aplicou o redutor previsto no artigo 33, §4º da Lei 11.343/06, de maneira suficientemente fundamentada.

Neste ponto, a defesa busca o reconhecimento do tráfico privilegiado no

Acesso ao Sumário

seu máximo redutor.

Razão, todavia, não lhe assiste.

Apesar de o réu ser primário e de não ostentar maus antecedentes, é imperioso considerar-se que não era traficante eventual, notadamente em virtude da quantidade e diversidade de drogas por ele transportadas, qual seja, 46g (quarenta e seis gramas) de "crack", 410g (quatrocentos e dez gramas) de maconha e 391g (trezentos e noventa e um gramas) de cocaína.

Além disso, o réu possuía, em sua residência, uma balança de precisão e aproximadamente 5.000 (cinco mil) microtubos vazios, demonstrando a dedicação perene e estruturada ao tráfico ilícito de drogas.

As referidas circunstâncias indicam que ele, longe de ser mero neófito no mundo criminoso, se dedicava ao tráfico de forma ampla e com enorme envolvimento.

Sendo assim, nem de longe, é o caso de aplicar a mencionada causa de diminuição.

A pena, desse modo, estabiliza-se em 05 (cinco) anos de reclusão, e o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no piso.

O regime inicial fechado também não merece alteração.

A conduta do acusado revestiu-se de enorme gravidade, além de possuir elevado e negativo impacto social.

Ao Magistrado compete estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena que acreditar suficiente para reprovação e prevenção do delito, respeitados os ditames legais.

No caso, a gravidade concreta da conduta do apelante, decorrente da nocividade dos entorpecentes apreendidos, das peculiaridades da abordagem e hediondez do crime, exigem tratamento mais rigoroso e severo, devendo ser submetido ao regime de segregação total (art. 33, § 2º, "a", do Código Penal), até que, paulatinamente, possa ser reinserido no corpo social.

Assim, o regime fechado é aquele que mais se coaduna com os objetivos acima e com o caráter ressocializador da pena, capaz de incutir no acusado a terapêutica prisional.

Note-se que não há que se falar em ofensa às Súmulas 718 e 719, ambas do C. Supremo Tribunal Federal, nem tampouco à Sumula nº 440 do C. Superior Tribunal de Justiça, porquanto o estabelecimento de tal regime decorre dos fatos concretos, devidamente comprovados nos autos, e não da mera opinião deste julgador.

Por fim, destaco ser inviável acolher o pedido para a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, pois tal medida seria insuficiente e ineficaz à reprovação da agente e à repreensão do direito. Acrescente-se que a

Acesso ao Sumário

vedação encontra amparo no artigo 44 da Lei 11.343/06 e também nos moldes do entendimento desta C. Câmara.

Ante ao exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao apelo, mantendo-se, *in totum*, a r. decisão atacada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1501897-40.2017.8.26.0536/50000, da Comarca de Santos, em que são embargantes ADEMIR MARTINS SANTOS FILHO e MAYARA APARECIDA CORDEIRO, é embargado COLENDA 16ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Acolheram os embargos para, afastada a causa de aumento do emprego de faca, reduzir as penas para 05 anos e 04 meses de reclusão. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.539)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente sem voto), OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO e GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 28 de agosto de 2018.

NEWTON NEVES, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Alegação de omissão – Majorante de emprego de arma imprópria (faca) – Não aplicação da Lei 13.654/2018 que revogou o inciso I do §2º do art. 157 do CP referente ao "emprego de arma" – Majorante afastada – Alteração da pena imposta – Embargos acolhidos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Após proferido o V. Acórdão de fls. 327/332, apresentam **ADEMIR MARTINS SANTOS FILHO** e **MAYARA APARECIDA CORDEIRO**,

embargos declaratórios, sustentando haver omissão no julgado em razão da não aplicação da Lei 13.654/2018 que revogou o causa de aumento do inciso I do art. 2º do art. 157 do CP.

Pedem que seja declarada a decisão embargada para que, suprida a omissão, seja a fração de aumento na terceira fase reduzida para 1/3.

É o relatório.

Os embargos devem ser acolhidos.

Com efeito, restou caracterizada a omissão como apontada pelos requerentes posto que, de fato, o V. Acórdão deixou de aplicar lei mais benéfica publicada no transcurso da ação penal.

Os embargantes foram denunciados, processados e condenados pela prática do crime de roubo circunstanciado pelo concurso de agentes e emprego de arma imprópria, no caso, uma faca.

Remetidos os autos a esta instância e antes do julgamento ocorrido em 13/06/2018, foi editada a Lei 13.654/18 que revogou o inciso I do art. 2º do art. 157, do Código Penal que previa o emprego de arma, se referindo a qualquer tipo de arma, seja de fogo ou imprópria.

Tal causa de aumento passou a ser, pela nova redação conferida ao §2º-A, inciso I, específica aos casos em que a violência ou ameaça é exercida com emprego, apenas, de arma de fogo.

Assim, o emprego de arma imprópria remete agora à incidência do "caput" do art. 157 do CP, caso ausentes outras causas de aumento.

No caso dos autos, dessa forma, deve ser afastado o emprego de faca, o que autoriza alterar a fração de aumento na terceira fase para 1/3, resultando a pena dos embargantes de 05 anos e 04 meses de reclusão, mantido o regime fechado ante a reincidência dos embargantes.

Diante do exposto, acolhem-se os embargos para, afastada a causa de aumento do emprego de faca, reduzir as penas para 05 anos e 04 meses de reclusão.

É como voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 7004898-79.2017.8.26.0344/50000, da Comarca de Marília, em que é embargante THIAGO APARECIDO FERNANDES DE OLIVEIRA, é embargado COLENDA 8ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de

São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM os presentes embargos declaratórios, apenas para autorizar que o embargante seja submetido à exame criminológico em gozo de livramento, sem necessidade de prévio retorno ao cárcere (regime fechado), v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.135)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente) e ROBERTO PORTO.

São Paulo, 11 de outubro de 2018.

ALCIDES MALOSSI JUNIOR, Relator

Ementa: PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME.

Embargos opostos visando ao reconhecimento de omissão e de contradição internas quanto à determinação de imediata regressão de regime para aprofundamento da instrução. Descabimento.

Vício não verificado. Inocorrência de qualquer uma das hipóteses de cabimento (vícios) previstas no art. 619, do CPP. Novo fato (concessão de livramento condicional durante o processamento do agravo), caracterizador de contradição fática, entretanto, a justificar, em caráter excepcionalíssimo, autorização para submissão à exame criminológico em gozo de livramento, sem necessidade de prévio retorno ao cárcere.

Embargos acolhidos.

VOTO

VISTO.

Trata-se de **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO** opostos por **THIAGO APARECIDO FERNANDES DE OLIVEIRA** em face do v. acórdão, de minha lavra, encartado às fls. 51/61, que, dando parcial provimento ao agravo tirado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, **cassou** decisão deferitória e **determinou o imediato retorno do sentenciado ao regime fechado**, para que **ali seja submetido à realização de exame criminológico**, voltado a aferir a pertinência da progressão, devendo nova decisão meritória ser proferida após manifestação das partes sobre o produzido.

Acesso ao Sumário

Sustenta o **embargante**, em síntese, que o v. acórdão padeceria de **omissão** e de **contradição**, especificamente quanto à determinação de imediata

regressão de regime para aprofundamento da instrução, na medida em que vêm cumprindo as regras do regime semiaberto regularmente, sem ter praticado faltas disciplinares, bem como foi agraciado, durante o processamento do recurso, com livramento condicional, pelo que requer a modificação do julgado, com afastamento da determinação de retorno ao regime fechado para realização do exame criminológico, e manutenção, ainda que precária, dos benefícios deferidos em primeira Instância.

É o relatório.

Os embargos devem ser acolhidos.

O v. acórdão embargado foi assim ementado:

"**PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. DEFERITÓRIA DE PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO**.

Pleito de cassação da progressão, por ausente requisito subjetivo, ou conversão de julgamento em diligência, visando realização de exame criminológico. *Parcial cabimento*.

Conquanto não demonstrada, com grau mínimo de segurança, a aptidão do penitente para obter progressão ao regime semiaberto, haja vista cuidar-se de execução complexa (**sentenciado reincidente em cumprimento de pena oriunda de duas condenações por roubo majorado, tendo preteritamente abandonado o cumprimento em regime semiaberto, bem como tornado a delinquir aproximadamente cinco meses após retornar ao convívio em Sociedade decisão concessiva de indulto foi tornada sem efeito diante de majoração da pena originária em apelo ministerial**), sem possibilidade de aferição dos requisitos legais senão com realização de perícia, de rigor o retorno ao regime fechado para complementação da instrução, visando melhor garantia à Sociedade. Requisitos legais são meras balizas para aferir a pertinência da progressão, que deve ser analisada em conjunto com todas as informações colhidas durante a expiação da reprimenda. Nos termos da Lei 10.792/03 e da Súmula 439, do C. STJ, a determinação da perícia é possível para casos peculiares e mediante decisão fundamentada, ocorrente na espécie. Imprescindibilidade da medida, no caso, para aferir o real merecimento da progressão.

Parcial provimento." (fls. 52/53).

Pois bem, em princípio, o v. acórdão não comportaria qualquer correção. Inexiste qualquer vício **interno**, em verdade, que pudesse autorizar a oposição dos embargos, na exata medida em que toda a matéria de passível cognição, ainda que de ofício, foi devidamente examinada no v. acórdão, redigido, ademais, em linguagem **clara** (sem omissões), **objetiva** e de **fácil interpretação**. Sem determinação de realização de exame criminológico, dada as particularidades do caso concreto, a progressão foi, deveras, temerária, devendo, obviamente,

Acesso ao Sumário

possíveis riscos à Sociedade serem minimizados.

A possibilidade de manutenção precária do benefício foi analisada e rechaçada. Mas fato novo foi noticiado após o julgamento do agravo, caracterizador de contradição fática. É que **THIAGO** foi contemplado, em junho de 2.018, com livramento condicional. Em pesquisa ao Sistema de Automação da Justiça – SAJ-SG, não foi constada, até a presente data, a interposição de recurso pelo Ministério Público. A fundamentação do v. acórdão, conforme já mencionado, não padece de qualquer vício. Sobre o benefício concedido posteriormente, não cabe, aqui, qualquer juízo de valor. Mas, considerando a atual situação fática (que era possível de mudança tendo em vista que o agravo não é dotado de efeito suspensivo – artigo 197, da Lei de Execução Penal), em caráter **excepcionalíssimo**, tendo em vista que nova decisão sobre a pertinência da progressão ainda será proferida pelo piso e aparente ausência de risco decorrente de sua reinserção em liberdade, para evitar inconvenientes, **acolhe-se os embargos apenas para autorizar que o embargante seja submetido à exame criminológico em gozo de livramento, sem necessidade de prévio retorno ao cárcere (regime fechado).**

Do exposto, pelo meu voto, **ACOLHO** os presentes *embargos declaratórios*, **apenas para autorizar que o embargante seja submetido à exame criminológico em gozo de livramento, sem necessidade de prévio retorno ao cárcere (regime fechado).**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0001113-19.2015.8.26.0695/50000, da Comarca de Nazaré Paulista, em que é embargante MARCOS ADÃO MALAQUIAS, é embargado COLENDA 16ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Acolheram os embargos declaratórios, a fim de aclarar as omissões apontadas, culminando na absolvição de MARCOS ADÃO MALAQUIAS, com fulcro no artigo 386, III, do CPP. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3.480)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente) e GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 17 de setembro de 2018.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Embargos de Declaração. Omissão. Ocorrência. Apreciação insuficiente das provas apresentadas pela Defesa, cuja reanálise torna imperativa a absolvição do embargante por atipicidade da conduta. Motocicleta furtada e posteriormente recuperada pelo ofendido, o qual, somente então, repassou o bem. A existência de crime anterior, necessária para a configuração do delito de receptação, torna-se irrelevante, *in casu*, diante da recuperação do bem pelo ofendido, que procedeu ao conserto da motocicleta e à sua posterior revenda. Embargos acolhidos.

VOTO

1. Inconformado com a r. sentença de fls. 225/232, que o condenou como incurso 180, *caput*, do Código Penal, às penas de 01 ano de reclusão, em regime inicial aberto, e 10 dias-multa, no valor unitário mínimo, substituída a pena corporal por uma prestação de serviços comunitários, por igual período, em favor de entidade com destinação social, MARCOS ADÃO MALAQUIAS interpôs Recurso de Apelação, pleiteando sua absolvição por insuficiência de provas (fls. 149/156).

Em sessão de julgamento realizada aos 07 de agosto de 2018, esta C. Câmara negou provimento ao apelo do réu.

Agora, opõe os presentes embargos declaratórios alegando omissão do v. Acórdão de fls. 190/193 referente à não apreciação das provas produzidas pela Defesa. Aduz que a motocicleta encontrada na posse do acusado foi produto de furto em 24.11.2009 (B.O. nº 918/2009), porém, conforme depoimentos da própria vítima e do irmão desta, referida motocicleta foi recuperada (embora totalmente danificada) em meados de 2010; constaria, ainda, do sistema do Detran de SP que o furto se deu em 2009, sem que tenha sido dado baixa no sistema.

É o relatório.

2. Os embargos devem ser acolhidos.

Houve, de fato, omissão quanto aos apontamentos feitos pela d. Defesa.

Reanalisando os termos de declaração constantes dos autos, noto que o ofendido César Pedroso, às fls. 35, revelou que possuía uma motocicleta modelo Honda/XLR de cor vermelha, ano 2002, de placa DFD-8889 – Nazaré Paulista/SP, que lhe foi dada por seu irmão em 2009, pois o documento estava atrasado e o irmão não poderia rodar pela cidade; na época César trabalhava somente no sítio, e seu irmão na cidade. Permaneceu menos de uma semana

Acesso ao Sumário

com a referida motocicleta, ocasião em que ela foi furtada, conforme RDO 918/2009 (fls. 10/11). Ocorre, contudo, que após o furto, em meados de 2010, a motocicleta foi recuperada, porém totalmente danificada, sem condições de uso. O bem foi retirado da delegacia, porém não possui nenhum documento a respeito desta retirada, pois foi entregue para seu irmão, e o estava apenas acompanhado. Seu irmão consertou a motocicleta para que pudesse utilizá-la no sítio, e acabou vendendo mais tarde, porém não sabem informar para quem ou em que condições a motocicleta estava no momento da venda.

A testemunha Luciano Pedroso, por seu turno, relatou que no ano de 2009 comprou uma motocicleta Honda/XLR 125, ano/modelo: 2002, cor vermelha, de placa DFD-8889 – Nazaré Paulista/SP; após uns seis meses com a motocicleta deixou com seu irmão de nome César para usá-la no sítio, pois não possuía a documentação necessária para rodar a cidade; que não fazia nem uma semana que a deixara para César, e a residência deste foi furtada, e entre os objetos furtados estava a motocicleta. Aproximadamente no ano de 2010 o bem foi localizado, sem condições de uso, todo danificado; o **declarante compareceu na Delegacia e a motocicleta lhe foi entregue**; recebeu a documentação da retirada, porém não mais a possui. Realizou alguns reparos somente para usá-la no sítio, e passado algum tempo **vendeu a motocicleta para uma pessoa do bairro** que não se recorda o nome, mas o comprador aparentava ter 20 anos de idade (fls. 37).

Com efeito, referidas declarações atestam que, embora o bem tenha sido objeto de furto – conforme comprova o Boletim de Ocorrência de fls. 10/11, no qual consta César Pedroso como a vítima do delito – a motocicleta foi eventualmente recuperada pelos ofendidos, e posteriormente adquirida por MARCOS, em circunstâncias que corroboram a alegação do apelante acerca da legalidade das transferências de propriedade. Além disso, não há outros elementos nos autos que apontem a origem ilícita do veículo.

Nesse contexto, conclui-se que o veículo não se enquadra na definição de 'produto de crime' contida no tipo penal do art. 180 do Código Penal. Em outras palavras, a aquisição de veículo de origem lícita não se encontra no âmbito de repressão do tipo penal da receptação. No caso concreto, como visto, o acusado adquiriu a motocicleta de terceiro que, embora tenha comunicado o furto do bem, logrou recuperá-lo, e o repassou. Inexistia, por conseguinte, crime anterior praticado por outrem, visto que a motoneta foi obtida de maneira lícita; o registro de furto a seu respeito se esvazia diante das declarações do ofendido no sentido de que a moto foi recuperada e a ele devolvida. Ou seja, a moto foi vendida ao réu pelo próprio ofendido, que teve o seu bem de volta poucos meses após a ocorrência do furto.

O STJ já se pronunciou acerca da possibilidade de os embargos declaratórios possuírem caráter substitutivo, modificador ou infringente do

Acesso ao Sumário

julgado (ainda que excepcionalmente):

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALEGADA OMISSÃO NO ACÓRDÃO. INOCORRÊNCIA. OBSCURIDADE. OCORRÊNCIA. ***EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITOS MODIFICATIVOS.***

I - Nos termos do art. 619 do CPP, serão cabíveis embargos declaratórios quando houver ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão no julgado. Não constituem, portanto, recurso de revisão.

II - Os embargos de declaração poderão ser acolhidos, ainda, para correção de eventual erro material, consoante entendimento preconizado pela doutrina e jurisprudência, ***sendo possível, excepcionalmente, a alteração ou modificação do decisum embargado.***

III - No caso sob exame, presente a existência de obscuridade, uma vez que reconhecida a não incidência do princípio da insignificância ao caso concreto, pelo Superior Tribunal de Justiça, deve o Tribunal a quo seguir com a análise das demais teses aventadas no recurso de apelação da defesa. ***Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos****, para afastar o princípio da insignificância e determinar o retorno dos autos ao eg. Tribunal de origem para que prossiga no julgamento das demais teses suscitadas no recurso de apelação."* (EDcl no AgRg no AREsp 1211700/RJ , 5ª Turma, Rel. Min. Ministro Felix Fischer, julgado em 21.08.2018) [grifos meus].

Impositiva, desta forma, a absolvição, com fulcro no artigo 386, III, do Código de Processo Penal.

3. Isto posto, pelo meu voto, acolho os embargos declaratórios, a fim de aclarar as omissões apontadas, culminando na absolvição de MARCOS ADÃO MALAQUIAS, com fulcro no artigo 386, III, do CPP.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2138542-37.2018.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é paciente DAVI MANSUR CURY, Impetrantes MARCO VINICIO PETRELLUZZI, DYRCEU AGUIAR DIAS CINTRA JUNIOR e CRISTIANA ALLI MOLINEIRO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de

Acesso ao Sumário

São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONCEDERAM A ORDEM de *habeas corpus* impetrada em favor do paciente, outorgando-lhe a liberdade provisória mediante imposição das medidas cautelares previstas no art. 319, IV, V e X, do Código de Processo Penal, sem prejuízo da entrega em Juízo de seu passaporte, no prazo de 24 horas, determinando-se a expedição de alvará de soltura, caso o paciente não esteja preso por outro motivo, fazendo- se as advertências de que o descumprimento das medidas implicará no decreto de prisão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 385)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente sem voto), MARCO ANTÔNIO COGAN e GRASSI NETO.

São Paulo, 16 de agosto de 2018.

ROBERTO PORTO, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Operação Sevandija – Alegada ausência de fundamentação e dos requisitos legais para a manutenção da custódia cautelar – Pedido de liberdade provisória com aplicação de medidas restritivas – Admissibilidade – Flagrante ilegalidade da manutenção da medida preventiva – Paciente preso há mais de 400 dias – Defesa que não deu causa à demora na formação da culpa – Suspensão, ademais, do processo pelo Superior Tribunal de Justiça desde abril de 2018 – Revogação da prisão preventiva – Substituição por medidas cautelares de proibição de ausentar-se da comarca, de recolhimento domiciliar noturno e de monitoramento eletrônico – Art. 319, IV, V e X, do CPP – Ordem concedida.

VOTO

Os advogados **Marco Vinicio Petrelluzi, Dirceu Aguiar Dias Cintra Junior** e **Cristiana Alli Molineiro** impetram a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de **Davi Mansur Cury**, apontando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Ribeirão Preto, a quem afirmam a prática de constrangimento ilegal.

Alegam que o paciente está sendo processado, em conjunto com diversos corréus, na Ação Penal nº 0028369-82.2016.8.26.0506, em trâmite perante a 4ª Vara Criminal da Comarca de Ribeirão Preto que, no bojo da chamada Operação Sevandija, tem como alvo suposto conluio entre funcionários da Administração Municipal, funcionários da CODERP e dirigentes de empresas privadas.

Relatam que o MM. Juiz *a quo* decretou a prisão preventiva do paciente,

Acesso ao Sumário

com fundamento no artigo 312 do Código de Processo Penal, cumprida em 12 de setembro de 2016.

Asseveram que a defesa do corréu Ângelo Invernizzi Lopes impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça e obteve, por decisão liminar prolatada pelo Ministro Sebastião Reis, a suspensão de sua prisão preventiva, a qual se estendeu ao paciente, que ficou solto até o julgamento do referido *writ*, que cassou a liminar e denegou a ordem. Ressaltam que, expedido mandado de prisão, o paciente se apresentou espontaneamente perante a Polícia Federal para cumprimento da ordem.

Sustentam que, em 26/04/2018, por decisão liminar em outro *habeas corpus* impetrado pela defesa do corréu Ângelo Invernizzi Lopes, o Superior Tribunal de Justiça suspendeu a instrução processual até que seja dirimida a alegada incompetência do Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Ribeirão Preto, oportunidade em que foi requerida a revogação da prisão preventiva do paciente por notório excesso de prazo, a qual foi indeferida.

Acrescentam ser incontestável o excesso de prazo da prisão preventiva do paciente, que se encontra preso há 444 (quatrocentos e quarenta e quatro) dias sem que haja qualquer fato processual que justifique tal situação, caracterizando claro desrespeito ao princípio da duração razoável do processo.

Aduzem que o paciente é primário, tem bons antecedentes, família regular e constituída e cumpriu todas as condições que lhe foram impostas quando posto em liberdade, não havendo razões pessoais nem processuais que justifiquem a manutenção da prisão cautelar.

Pleiteiam, liminarmente, a concessão da ordem, a fim de que seja revogada a prisão preventiva decretada ao paciente, expedindo-se alvará de soltura em seu favor, confirmando- se, ao final, a liminar da ordem de *habeas corpus*. Subsidiariamente, requerem a aplicação de medidas cautelares diversas do cárcere.

Foi indeferida a liminar pleiteada (fls. 201/203).

Colheram-se informações da autoridade apontada como coatora (fls. 207/214).

A douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 221/232).

É o relatório.

A investigação criminal mencionada pelos impetrantes, diz respeito à "Operação Sevandija" (Autos nº 00020729-62.2015.8.26.0506). Trata-se de operação deflagrada pelo Ministério Público paulista e a Polícia Federal, em que se apurou, por meio de regular interceptação telefônica, suposto esquema de corrupção na Prefeitura de Ribeirão Preto.

Acesso ao Sumário

Desta ação penal, derivam-se as seguintes ações penais, em tramitação perante o mesmo Juízo: (1) Processo nº 0028369-82.2016.8.26.0506 (identificado como "*núcleo dos terceirizados*"); (2) Processo nº 0028367-15.2016.8.26.0506 ("*núcleo dos honorários*"); e, por fim, (3) Processo nº 0028365-45.2016.8.26.0506 ("*núcleo do DAERP*").

Atualmente, o processo identificado como "*núcleo de terceiros*", em que o paciente figura como corréu, encontra-se suspenso desde 26 de abril último, por liminar concedida pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, da lavra do eminente Min. Schietti Cruz, *Habeas Corpus* nº 445.325 – SP (fls. 191/195).

Com efeito, não se desconhece a complexidade que envolve a instrução de um feito com pluralidade de réus, dezenas de testemunhas, cumprimento de diligências diversas, entre outros atos, que poderiam justificar o excesso de prazo para a conclusão de sua instrução.

Contudo, por mais elástico e subjetivo que possa ser o conceito de razoabilidade, não se afigura aceitável a manutenção de uma custódia cautelar por mais de 400 (quatrocentos) dias, sem que a defesa tenha contribuído para a demora na formação da culpa, **mormente no caso presente, em que o processo encontra-se suspenso por decisão superior (diversamente dos demais processos derivados**).

Tal situação demonstra evidente desprezo estatal pelo direito das pessoas à liberdade, em flagrante afronta ao art. 5º, LXV, da Constituição Federal.

Nesse sentido, *"O direito ao julgamento, sem dilações indevidas, qualifica-se como prerrogativa fundamental que decorre da garantia constitucional do 'due process of law'. O réu – especialmente aquele que se acha sujeito a medidas cautelares de privação da sua liberdade – tem o direito público subjetivo de ser julgado, pelo Poder Público, dentro de prazo razoável, sem demora excessiva e nem dilações indevidas. Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Art. 7º, nºs. 5 e 6"* (STF - HC nº 80.379/SP, Rel. Min. Celso De Mello, DJ de 25/5/2001).

Não pode ser esquecido, ainda, o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, em situações peculiares, tal como a em exame neste remédio constitucional, no sentido de flexibilizar o teor da Súmula 52, admitindo que "*ainda que encerrada a instrução, é possível reconhecer o excesso de prazo, diante da garantia da razoável duração do processo, prevista no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federa*l" (RHC nº 20.566-BA, Superior Tribunal de Justiça, Rel. Minª Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJ de 25/06/07).

Nesse sentido, ainda:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PECULATO E CONCUSSÃO. PRISÃO PREVENTIVA. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS. DENÚNCIA RECEBIDA NA DATA DO DECRETO PRISIONAL.

Acesso ao Sumário

INSTRUÇÃO ENCERRADA. EXCESSO DE PRAZO PARA A PROLAÇÃO DA SENTENÇA. ATRASO INJUSTIFICÁVEL QUE NÃO PODE SER ATRIBUÍDO À DEFESA. ORDEM CONCEDIDA" (HC nº 45.085/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, DJ 10/10/2005).

Deve-se ter em mente, também, que "*considerando a natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP*" (HC nº 425.854/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 15/03/2018, DJe 03/04/2018).

Com efeito, a Lei nº 12.403/11 trouxe medidas cautelares que contemplam a efetivação da prisão processual como exceção, em consonância com a constitucional previsão da presunção de inocência, conferindo ao magistrado a possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão processual, para assegurar o regular trâmite processual.

In casu, a manutenção da prisão preventiva do paciente não se sustenta, inexistindo elementos indicativos de que possa ele vir a frustrar o andamento processual ou, mesmo, que não possa ser encontrado.

Sabe-se, ainda, que a gravidade, por si só, do delito não autoriza a prisão cautelar: "*Está sedimentado na Corte o entendimento de que a gravidade em abstrato do delito não basta para justificar, por si só, a privação cautelar da liberdade individual do agente*" (STF, HC nº 121.006/MG, Julgamento em 23/09/2014).

Diante disso, verifica-se evidente constrangimento ilegal na manutenção da prisão preventiva do paciente, ante a carência dos requisitos previstos no art. 312, do Código de Processo Penal.

Não se vislumbra, porém, situação que permita a concessão de liberdade provisória, benesse mui favorável diante das circunstâncias do processo *sub judice.*

Assim, melhor solução resulta na revogação da prisão preventiva e aplicação de medidas cautelares de proibição de se ausentar da Comarca sem autorização judicial, de recolhimento domiciliar noturno e de monitoramento eletrônico, nos termos do art. 319, IV, V e X, do Código de Processo Penal. Sem prejuízo, seja o paciente intimado para entregar o seu passaporte em Juízo, no prazo de 24 (vinte e quatro horas), nos termos do art. 320 do mesmo diploma legal.

Acesso ao Sumário

Ressalte-se que, concedida liberdade provisória ao paciente, eventual descumprimento das medidas cautelares ensejará, nos termos do art. 312, parágrafo único, daquele Codex, decreto de prisão preventiva.

Nessas circunstâncias, pelo meu voto, **CONCEDE-SE A ORDEM** de *habeas corpus* impetrada em favor do paciente, outorgando-lhe a liberdade provisória mediante imposição das medidas cautelares previstas no art. 319, IV, V e X, do Código de Processo Penal, sem prejuízo da entrega em Juízo de seu passaporte, no prazo de 24 horas, determinando-se a expedição de alvará de soltura, caso o paciente não esteja preso por outro motivo, fazendo-se as advertências de que o descumprimento das medidas implicará no decreto de prisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2121358-68.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante RODRIGO FONSECA e Paciente ADILSON MACIEL BRANDÃO, é impetrado MM JUIZ(A) DA VARA CRIMINAL DO FORO REGIONAL IV DA LAPA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Denegaram a ordem. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.692)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente) e LEME GARCIA.

São Paulo, 4 de setembro de 2018.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: *Habeas Corpus*. Homicídio culposo na direção de veículo automotor. Alegação de constrangimento ilegal ante a cumulação da pena privativa de liberdade de 4 anos, 6 meses e 23 dias de detenção, em regime semiaberto com a suspensão do direito de dirigir por 4 anos, 9 meses e 5 dias. Pleito objetivando a redução da pena-base no mínimo legal, bem como a correta proporção da pena privativa de liberdade com a da suspensão do direito de dirigir. Impossibilidade. Incumbe ao Magistrado prolator da sentença condenatória a análise e valoração

das provas. Decisão devidamente fundamentada. Ausência de constrangimento ilegal por ato praticado pela autoridade coatora. Ordem denegada.

VOTO

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ADILSON MACIEL BRANDÃO, contra ato do MM. Juiz de Direito, Dr. Fernando Salles Amaral, da Vara Criminal do Foro Regional IV – Lapa, Comarca da Capital, sob o argumento de que o paciente sofre constrangimento ilegal, em razão de aplicação de pena desproporcional diante das peculiaridades do caso concreto.

Sustenta o impetrante que o paciente foi condenado à pena de 4 anos, 6 meses e 23 dias de detenção, em regime semiaberto, substituída por prestação de serviços à comunidade, bem como à suspensão ou proibição de obter a habilitação para dirigir veículo automotor, no prazo de 4 anos, 9 meses e 5 dias, pela prática do crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor.

Aduz que a dosimetria da pena está equivocada, porquanto a autoridade coatora, na primeira fase do cálculo, não somente fixou a pena-base acima do mínimo legal, sem qualquer fundamentação, mas também ignorou a primariedade do paciente e considerou, equivocadamente, a agravante genérica do artigo 61, II, alínea *h.*

Aduziu, por derradeiro, que é desproporcional a aplicação da pena privativa de liberdade (4 anos, 2 meses e 23 dias) com a suspensão do direito de dirigir (4 anos, 9 meses e 5 dias).

Pleiteia, destarte, o deferimento de medida liminar e, no mérito, a confirmação desta para reduzir a pena-base no mínimo legal, bem como a correta proporção da pena privativa de liberdade com a da suspensão do direito de dirigir.

A liminar foi indeferida (fls. 12/15)

Por intermédio de ofício datado de 10 de julho de 2018, a autoridade coatora prestou as informações (fls. 20/53), esclarecendo as circunstâncias fáticas do crime praticado pelo paciente, bem como todo o andamento processual até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

A douta Procuradoria de Justiça opinou pelo não conhecimento do presente *writ* (fls. 55/56).

Devidamente processado o presente writ, a ordem deve ser denegada.

Ab initio, de rigor consignar que a matéria ventilada neste feito vincula-se, necessariamente, a recurso próprio, conquanto pertinente e adequado ao teor da análise proposta, restando patente a ausência de interesse de agir no presente

Acesso ao Sumário

caso, ante a inadequação da via eleita.

Contudo, em observância a recentes julgados do C. Superior Tribunal de Justiça, que tem concedido ordem de ofício para determinar que este E. Tribunal de Justiça analise o mérito do *writ*, em caso semelhantes, conheço da impetração para analisar o seu mérito.

Nesse sentido, o seguinte julgado do C. Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. QUESTÃO NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ILEGALIDADE RECONHECIDA DE OFÍCIO. DETERMINAÇÃO DE APRECIAÇÃO DO TEMA PELO TRIBUNAL A QUO. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO. 1. A matéria relativa ao regime inicial de cumprimento da pena, a despeito de agitada, não foi enfrentada pelo Tribunal de origem, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. 2. Tendo em vista o princípio da inafastabilidade da jurisdição e, em especial, por não ter sido interposto o recurso próprio, tendo o feito transitado em julgado, de rigor, seja determinado ao Tribunal local que se pronuncie, de acordo com os limites objetivos do mandamus originário, quanto ao tema lá deduzido. 3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para que o Tribunal de origem examine a questão relativa ao regime inicial de cumprimento da pena, suscitada pela Defesa no HC n.2051919-04.2017.8.26.0000. (*HABEAS CORPUS* Nº 402.125 - SP (2017/0130536-0, RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. JULGADO EM 02/10/2017).

De rigor ressaltar que a análise das provas coligidas no processo, bem como a sua valoração visando ao julgamento do feito, decerto, incumbe ao Magistrado prolator da sentença condenatória, quando deve apresentar fundamentação idônea.

Foi o que ocorreu no caso dos autos.

Na sentença (fls. 5/7), a autoridade impetrada, na primeira fase do cálculo, elevou a pena em 1/3 acima do mínimo legal, sob o argumento de elevado grau de culpa do paciente, que trafegava embriagado pela via pública, invadindo a calçada com sua manobra. Na segunda fase, exasperou a pena, nos termos do artigo 61, II, alínea h, eis que a vítima era menor de idade. Na terceira fase, presentes as causas de aumento do artigo 302, parágrafo único, incisos I e II, do CTB, elevou a pena, chegando ao patamar final acima citado.

Acesso ao Sumário

Cumpre destacar, outrossim, que, no presente julgamento, analisa-se remédio heroico constitucional, apto apenas para sanar constrangimento ilegal que possa ser verificado na via estreita de seu conhecimento

Em resumo, analisando as questões de direito ligadas à condenação e fixação da pena em desfavor do paciente, não se percebe qualquer ilegalidade ou

constrangimento por ato praticado pela autoridade coatora apontada no presente *writ*, tornando de rigor o indeferimento da liminar pleiteada.

Diante do exposto, pelo meu voto, denego a ordem do presente *habeas corpus*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2089398-94.2018.8.26.0000, da Comarca de Mogi-Mirim, em que é impetrante RUBIA MARINHO ROSA BATISTA e Paciente EDUARDO FELIPE DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª 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 37.032)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO (Presidente), CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO e ÁLVARO CASTELLO.

São Paulo, 16 de outubro de 2018.

RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Tráfico ilícito de entorpecentes – Pedido de apelo em liberdade – IMPOSSIBILIDADE – Paciente com maus antecedentes, longa pena a cumprir e que permanece foragido – A decisão que vedou o apelo em liberdade foi devidamente fundamentada – ORDEM DENEGADA.

VOTO

RUBIA MARINHO ROSA BATISTA impetra este *habeas corpus* em favor de EDUARDO FELIPE DA SILVA, alegando que este sofre constrangimento ilegal por parte da MM. JUÍZA DE DIREITO DA 4ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE MOGI MIRIM, DRA. MARIA RAQUEL CAMPOS PINTO TILKIAN NEVES.

Informa a impetrante que o paciente foi preso em flagrante em 06/02/2016 e condenado à pena de 05 anos e 09 meses de reclusão, em regime inicial fechado e sem direito a apelar em liberdade.

Ressalta que a autoridade impetrada não considerou a primariedade, os bons antecedentes e o trabalho lícito do paciente à época dos fatos.

Acesso ao Sumário

Alega que não estão presentes os pressupostos autorizadores da prisão cautelar, destacando que o paciente é pessoa íntegra, honesta, que sempre trabalhou, possui residência fixa, onde mora com a mãe e seus familiares, inclusive ajudando na manutenção da casa, preenchendo os requisitos necessários para aguardar o transito em julgado em liberdade.

Argumenta que o Juízo impetrado fixou regime inicial fechado de forma contrária ao disposto no artigo 33, § 2º, alínea b, do Código Penal.

Defende a ausência de fundamentação idônea na denegação ao direito de recorrer em liberdade e na manutenção da prisão preventiva em sentença penal recorrível pela autoridade coatora, que o fez com base na gravidade do delito, sem esclarecer a motivação com elementos concretos.

Pleiteia a concessão da ordem para que seja deferido o direito de aguardar em liberdade o julgamento do recurso de apelação.

O pedido de liminar foi indeferido e foram dispensadas as informações do Juízo impetrado.

O Ministério Público, nesta instância, opinou pela denegação da ordem.

É O RELATÓRIO.

Conforme já se esclareceu quando da decisão que indeferiu a medida liminar, o paciente foi preso em flagrante delito no dia 06/02/2016, mas foi solto por entender a autoridade policial que os fatos versavam sobre o delito de porte de drogas para consumo pessoal, tipificado no artigo 28 da Lei 11.343/06, conquanto estivesse na posse de 27 "tubetes" de cocaína e quantia em dinheiro.

Posteriormente, o paciente foi denunciado por infração ao art. 33 da Lei de Drogas e houve pedido de decretação da prisão preventiva, o que foi aceito pela i. autoridade impetrada (fls. 24/25 e 26/28).

Não obstante, não foi cumprido o mandado de prisão e foi decretada a revelia do paciente.

Subsequentemente, houve a prolação de sentença, sendo o paciente condenado à pena de 05 anos e 09 meses de reclusão, além de pagamento de 590 dias-multa no piso inferior, por infração ao art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, fixado o regime inicial fechado e negado o apelo em liberdade (fls. 30/35).

Acesso ao Sumário

Observe-se que o paciente ostenta maus antecedentes como bem ponderou a i. magistrada "a quo" em sua r. sentença, o que, inclusive, tornou inviável o reconhecimento da figura privilegiada.

O apelo em liberdade foi indeferido uma vez que, além dos maus antecedentes, o paciente é foragido.

Seria um contrassenso deferir-se o apelo em liberdade a paciente com maus antecedentes e que permanece foragido até então, uma vez que condenado por crime gravíssimo, equiparado a hediondo, e com longa pena a cumprir em

regime inicial fechado, sendo necessária a custódia preventiva para garantia da aplicação da lei penal.

Não se vislumbra, assim, qualquer ilegalidade.

O recolhimento ao cárcere é consequência natural do decreto condenatório, mormente em casos como o presente, em que persistem os requisitos que ensejaram o decreto de prisão preventiva e tendo sido devidamente fundamentado o indeferimento do apelo em liberdade.

Desse modo, não configurado o constrangimento ilegal, DENEGA-SE A ORDEM.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2189982-72.2018.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e Paciente THIAGO MENDES DOS SANTOS, é impetrado MM. JUIZ DE DIREITO DA UNIDADE REGIONAL DE DEPARTAMENTO ESTADUAL DE EXECUÇÃO CRIMINAL 1ª RAJ - SÃO PAULO/DEECRIM UR 1.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª 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 38.288)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GERALDO WOHLERS (Presidente) e TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 10 de outubro de 2018.

DAMIÃO COGAN, Relator

Ementa: *Habeas Corpus*. Impetração buscando a concessão de saída temporária. Constrangimento ilegal não configurado. Ordem denegada.

VOTO

Ingressa o impetrante com a presente ordem de *habeas corpus* em favor da paciente, alegando que esta sofre constrangimento ilegal pelo indeferimento do pedido de autorização para saída temporária de "Dia das Crianças/2018".

Argumenta que o paciente foi progredido ao regime intermediário, possui bom comportamento carcerário e se encontra na relação encaminhada pela

Acesso ao Sumário

direção do estabelecimento prisional.

Sustenta que o Ministério Público foi contrário às saídas temporárias, tanto que o magistrado indeferiu o benefício a diversos sentenciado, com exceção de Maurício Rodrigues da Cruz, argumentando que as progressões ao regime intermediário eram recentes.

Pondera que o magistrado deve-se ater somente aos requisitos dispostos nos artigos 122 e 123 da LEP.

Pleiteia a concessão da ordem para que seja autorizada sua saída temporária de "Dia das Crianças 2018".

No impedimento do signatário, a medida liminar foi indeferida pelo d. Desembargador Tristão Ribeiro (fls. 73/74).

A douta Procuradoria de Justiça é pela denegação da ordem (fls. 80/82).

É o relatório.

Segundo informações prestadas pela i. autoridade coatora, o paciente encontra-se recolhido no Centro de Progressão Penitenciária de São José do Rio Preto – SP, cumprindo pena de 07 anos e 11 meses de reclusão, por duas condenações, tendo iniciado o cumprimento em 14 de agosto de 2013 e com término previsto para 17 de julho de 2023, tendo ocorrido o indeferimento no âmbito administrativo coletivo, formulado pela unidade prisional perante a Corregedoria dos Presídios do DEECRIM 1ª RAJ.

De acordo com a decisão de fls. 61/71, o paciente teve indeferida a saída temporária, vez que progrediu recentemente ao regime intermediário, bem como teria longa pena por cumprir, que se encerraria em 2023.

Em consulta aos documentos apresentados pelo d. defensor, observa-se que Thiago Mendes dos Santos, reincidente, teria progredido ao regime intermediário em 28 de maio de 2018, não registrando saída anterior, bem como responderia à pena total de 10 anos e 04 meses pela prática dos delitos de roubo qualificado e tráfico de drogas (fls. 47).

Em que pese toda argumentação do d. impetrante, cabe ao Juízo da Execução regulamentar as saídas temporárias, mesmo porque não são elas direito adquirido dos presos, tanto que o próprio art. 122 da LEP, utiliza o termo "poderão".

Referido termo é amplo e o julgador deve analisar os requisitos para concessão, os quais se encontram previstos no art. 123 da LEP, incluindo a exigência do cumprimento mínimo de 1/6 da pena, se o condenado for primário, e 1/4 se reincidente.

E tal fato é lógico já que não é direito adquirido do preso a saída temporária, anotando-se que o art. 124, da LEP, estabelece que as autorizações poderão ser renovadas por mais quatro vezes durante o ano.

Acesso ao Sumário

Portanto, o que pretende a impetrante é transformar em direito adquirido a saída temporária do paciente, o que não encontra amparo legal.

No caso dos autos, observa-se que o paciente responde por delitos graves, com longa pena por cumprir, sendo que foi recentemente progredido ao regime intermediário, de maneira que a saída temporária mostra-se prematura neste momento, havendo a necessidade de se aferir melhor seu senso de autodisciplina e responsabilidade.

Ademais, ausente qualquer documentação que demonstre seu histórico prisional, sendo por demais precipitado conceder o benefício de ampla liberdade sem uma análise adequada, inclusive para não se colocar em risco demasiado a sociedade.

Nesse sentido, veja julgado do C. STJ:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. SAÍDA TEMPORÁRIA. VISITA À FAMÍLIA. ART. 123 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. INDEFERIMENTO DEVIDAMENTE MOTIVADO NA AUSÊNCIA DO REQUISITO SUBJETIVO. REAVALIAÇÃO. SEDE IMPRÓPRIA. ORDEM DENEGADA.

1. O Juízo das Execuções apresentou elementos concretos que justificam o indeferimento da saída temporária para fins de visita familiar, sobretudo a ausência de demonstração do requisito subjetivo do Paciente, condenado pelo crime de latrocínio e que obteve progressão para o regime semiaberto a pouco tempo, com término da pena previsto para 13 de outubro de 2026, recomendando maior cautela na concessão de saídas extramuros.

2. A estreiteza da via eleita não admite a dilação probatória necessária para desconstituir o entendimento das instâncias ordinárias sobre o não preenchimento do requisito subjetivo pelo apenado e a incompatibilidade do benefício de saídas temporárias com os objetivos da pena.

3. Ordem denegada. (HC 141.628/RJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 9.11.09).

Vale lembrar que em sede de execução vige o princípio "in dubio pro societate", e que não raras vezes somos surpreendidos com notícia de delitos praticados por condenados reinseridos precoce e indevidamente no corpo social por intermédio da concessão de regimes de pena menos rigorosos, quando do gozo de saídas temporárias ou mesmo no regime aberto ou livramento condicional, que pode vir a ser o caso da agravante que, repise-se, não deu mostras suficiente de poder retornar ao convívio social sem colocar em risco a sociedade.

Isso posto, **denega-se a ordem.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2193350-89.2018.8.26.0000, da Comarca de Vinhedo, em que é impetrante/paciente JOSE LUIZ GUGELMIN.

ACORDAM, em 8ª 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 35.640)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente), MARCO ANTÔNIO COGAN e GRASSI NETO.

São Paulo, 4 de outubro de 2018.

SÉRGIO RIBAS, Relator

Ementa: *Habeas corpus* – Salvo conduto para não comparecimento em audiência como testemunha – Violação ao direito de não autoincriminação – Inocorrência – Direito ao silêncio não abrange testemunha em audiência – Responsabilidade de dizer a verdade – Inexistência de constrangimento ilegal – Ordem denegada.

VOTO

Vistos.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pelo Advogado José Luiz Gugelmin, em favor próprio, alegando que está a sofrer constrangimento ilegal, apontando como autoridade coatora o MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Judicial da Comarca de Vinhedo.

Relata o impetrante/paciente, em síntese, que na data de 02/09/2018 foi impetrado Mandado de Segurança contra ato do Presidente da Câmara Municipal de Vinhedo, e que o MM. Juízo *a quo* recebeu a sua impetração e arrolou o impetrante/paciente como testemunha para audiência marcada para o dia 14 de setembro de 2018, lhe permitindo a assistência técnica jurídica quando de sua oitiva.

Ressalta que o Decreto-Lei nº 201/67, obedecendo aos princípios inseridos na CF/1988, sejam eles, o contraditório, a ampla defesa e a legalidade. As regras previstas no Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal no que diz respeito aos impedimentos e suspeição, devem ser completamente aplicáveis ao processo de cassação do Prefeito.

Acesso ao Sumário

Afirma que "essa ação de caráter judicial, criminal e cível, assim como o processo administrativo foram produzidos do depoimento do paciente, livre de compromisso por ter interesse direito no resultado o autor da denúncia, sem direito ao silêncio, violando o direito constitucional de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo, nem quando for prestar depoimento, na qualidade de testemunha, perante a Comissão Processante, violando o seu direito constitucional de que as testemunhas têm o direito de permanecer em silêncio relativamente a pergunta cuja resposta importe em autoincriminação.

Assevera, ainda, que com o recebimento da denúncia resta incompatível que o paciente na condição de autor da denúncia, figure como testemunha de defesa em processo administrativo, penal ou cível, compromissada em desacordo com o inc. II do § 3º, do art. 447 do CPC.

Pleiteia, liminarmente, a concessão da ordem, a fim de que lhe seja assegurado o direito de não subscrever o termo de compromisso, de manter-se em silêncio e julgar necessário ser assistido por profissional da advocacia. Requer ainda, a expedição de salvo conduto para que: a) deixe de prestar compromisso por ter interesse direto no resultado do Processo; b) manter silêncio diante das perguntas cuja resposta possa implicar autoincriminação; c) não ser preso em flagrante por exercício dessa prerrogativa constitucional, sob pretexto de crime de desobediência (art. 330 do CP), nem, tampouco, de falso testemunho (art. 342 do mesmo código) e d) de não ter o silêncio interpretado em seu desfavor, confirmando-se, ao final, a liminar da ordem de *habeas corpus.*

O pedido de liminar foi indeferido às fls. 109/111.

A digna autoridade apontada como coatora prestou as informações a fls. 114/115, juntando documentos pertinentes às fls. 116/221.

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem (cf. fls. 226/229).

É o relatório.

Conforme informação prestada pelo d. Magistrado *a quo*, o paciente pediu para que lhe fosse assegurada a possibilidade de não assinar termo de compromisso de não dizer a verdade, permanecer em silêncio, de modo a não se auto incriminar, ser assistido por advogado, não ser preso e não o silêncio interpretado em seu favor. O pedido do paciente foi julgado procedente em parte, apenas para que fosse tornada definitiva a liminar assegurando ao impetrante a possibilidade de assistência técnico jurídica e a presença de advogado quando de sua oitiva pela comissão processante da Câmara Municipal de Vinhedo. A sentença foi proferida em 13/09/2018, e declarada nesta data às fls. 138, por conter erro material, sem alteração de seu desfecho. O processo aguarda o decurso do prazo de recursos voluntários para posterior remessa do recurso de ofício.

Acesso ao Sumário

É caso de denegação da ordem.

Em que pesem as alegações do combativo impetrante, não se vislumbra a ocorrência do propalado constrangimento ilegal que possa estar sofrendo o paciente.

A decisão do MM. Juízo *a quo* não merece reparos, fundamentada sua motivação, o que afasta a pretensão do ora paciente.

Não se verifica violação ao direito de não autoincriminação pelo fato do paciente dever participar de audiência como testemunha. O direito ao silêncio não abrange testemunha em audiência de prestar esclarecimentos sobre fatos descritos na denúncia.

Ademais de acordo com o art. 260 do CPP, o indiciado tem o direito de permanecer em silêncio na fase investigativa e judicial, garantia esta que visa proteger aquele que, investigado ou réu, não pode ser levado a depor sobre fato que possa incriminá-lo, caso falasse a verdade.

Como bem asseverou a d. Preopinante:

"Não obstante o empenho do impetrante na defesa de sua tese, não comporta guarida a linha argumentativa por ele adotada, porque despida, com a devida vênia, de amparo legal.

A garantia da não autoincriminação, abrangendo o direito de permanecer em silêncio, o direito de não colaborar com a investigação ou a instrução criminal, de declarar falsamente e de não contribuir para a produção de provas contra si mesmo e que de qualquer forma possam incriminá-lo não possui o alcance que o impetrante pretende lhe dar.

A garantia visa proteger aquele que, investido da condição de investigado ou réu, não pode ser compelido a depor sobre fato que possa incriminá-lo, se dissesse a verdade.

É uma garantia específica, com objeto determinado e restrito, e não pode servir de escudo à testemunha que venha a mentir ou falsear a verdade.

O paciente foi o denunciante das imputações contra o Prefeito Municipal e que estão sob investigação da Comissão Processante, e nada impede que o investigado - Prefeito Municipal - pretenda ouvi-lo para exercitar sua defesa em toda a amplitude.

O paciente deve, sim, assumir sua responsabilidade acerca do que diz como testemunha, mormente porque se refere a fatos graves que envolvem o Chefe do Poder Executivo de Vinhedo."

Finalmente insta consignar que o paciente já foi ouvido na referida Comissão, aos 14 de setembro de 2018.

Diante do exposto, DENEGA-SE A ORDEM.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2156729-93.2018.8.26.0000, da Comarca de São Carlos, em que é impetrante CAROLYNE SANDONATO FIOCHI e Paciente DANIEL DIEDRICH.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "concederam a ordem ora impetrada, para revogar a prisão preventiva do paciente, suspendendo-se o pedido de extradição em curso, expedindo-se alvará de soltura clausulado, com o compromisso de manter endereço e contatos atualizados, a fim de viabilizar sua imediata localização, sob pena de revogação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.228)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente), AMABLE LOPEZ SOTO e JOÃO MORENGHI.

São Paulo, 19 de setembro de 2018.

PAULO ROSSI, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Sonegação Fiscal – Prisão Preventiva decretada em decorrência da não localização do acusado – Mandado de Prisão cumprido no exterior – Ingresso nos autos de defensor constituído – Determinação de extradição do paciente dos EUA para o Brasil – Alega constrangimento ilegal em razão do indeferimento do pedido de revogação da prisão preventiva, eis que ausentes os requisitos do art. 312 do CPP, aventando a possibilidade de aplicação das medidas cautelares alternativas ao cárcere – ADMISSIBILIDADE – Não mais subsistem, por ora, os motivos que ensejaram a decretação da prisão preventiva do paciente.

Carece de previsão legal a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares alternativas, previstas no art. 319 do CPP, porquanto o ordenamento pátrio não se impõe em outro país, tornando-se possível somente o compromisso de manter seu endereço e contatos atualizados junto ao juízo monocrático, sob pena de revogação da benesse.

Ordem concedida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado em favor de Daniel Diedrich, com pedido liminar, apontando o MM. Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de São Carlos como autoridade coatora, nos autos da ação penal n.º 0010070-37.2017.8.26.0566.

Aduz a impetrante que o paciente foi denunciado em razão da suposta prática dos crimes previstos no artigo 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.137/90 c.c artigos 29 e 71, ambos do Código Penal, por fatos ocorridos entre outubro de 2008 e novembro de 2009.

Alega que em face das ameaças de morte dirigidas ao paciente e sua família, decorrentes da cobrança de dívidas, se mudaram para a cidade de Orlando nos Estados Unidos da América no ano de 2014, onde vivem atualmente.

Afirma que o paciente não foi localizado no Brasil para citação, ocorrendo sua citação editalícia. A autoridade policial conseguiu ouvi-lo via *Skipe* (software que permite comunicação pela Internet, por intermédio de conexões de voz e vídeo), entendendo o representante do Ministério Público que o paciente se encontrava foragido, ocasião em que requereu sua prisão preventiva e extradição para garantia da aplicação da lei penal, que foi deferido pela autoridade impetrada.

Sustenta que o mandado de prisão preventiva foi cumprido com auxílio da Interpol, requerido pelo juízo monocrático, deixando, contudo, de solicitar primeiramente a cooperação internacional para a localização e citação do paciente, procedimento este inclusive adotado em outros processos a que o paciente responde na esfera federal, ocorrendo sua citação pessoal em seu endereço na cidade de Orlando.

Ressalta que o paciente foi preso em sua residência no dia 24/07/2018 e levado pela Imigração por ordem da Interpol, razão pela qual fora requerida a revogação de sua prisão cautelar, restando o pleito indeferido pela autoridade impetrada.

Enfatiza que o paciente nunca esteve foragido e não pretende esquivar-se de suas responsabilidades, mormente porque ao ser ouvido pela autoridade policial declarou que precisou deixar o país em face das ameaças sofridas, informando que se encontrava nos EUA e não forneceu seu endereço porque não foi solicitado e muito menos foi alertado sobre a necessidade de consignar sua localização.

Argumenta que, se a lei brasileira pode ser cumprida no exterior, pode também ser solicitada a colaboração estrangeira para a fiscalização de medidas cautelares alternativas ao cárcere, em favor do acusado, por medida de justiça.

Assevera a impetrante que realizou a juntada de procuração aos autos, bem

como nos demais que tramitam contra o paciente na Comarca, possibilitando o regular trâmite processual, não mais subsistindo os motivos que ensejaram sua prisão preventiva.

Destaca, ainda, que junto à Imigração existe processo de pedido de permanência do paciente e sua família nos EUA, constando neste processo seu endereço residencial e comercial e toda documentação comprovando as ameaças sofridas, tanto o é que lhe foi concedida autorização para permanência naquele país, se o ora acusado tivesse em algum momento intenção de esquivar-se da lei, jamais forneceria todos os seus dados naquele país, se manteria ilegalmente como tantos outros brasileiros que lá residem.

Destaca que o paciente, sua esposa e quatro filhos constituíram moradia nos EUA, sendo que trabalha em dois empregos, é arrimo de família, sua esposa também trabalha e seus filhos estudam, tudo isso de forma legal e regular, ressaltando que sua esposa está grávida e sua gravidez é de risco, conforme documentação anexa.

A manutenção do paciente no cárcere além de não trazer nenhum benefício ao processo, ante de sua completa ausência de periculosidade, trará sérios, graves e irreparáveis prejuízos à subsistência de sua família, que corre risco de passar fome e perder o pouco patrimônio constituído à duras penas e muito labor.

Alega, ainda, que a segregação cautelar é medida excepcional, e na hipótese estão ausentes seus requisitos ensejadores, previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, bem como o processo se encontra em sua fase inicial, invocando o princípio constitucional da presunção de inocência.

Por fim, sustenta que o paciente colocou à disposição da Fazenda para pagamento de referidos impostos, conjunto de terras situados no município de Itanagra, no Estado da Bahia, avaliados em R$ 5.520.000,00 (cinco milhões e quinhentos e vinte mil reais), de propriedade do paciente e sua esposa, suficiente para cobrir o débito narrado não somente nestes autos, mas em todos os demais, porém terá que realizar a venda de tal imóvel para conseguir realizar o referido pagamento.

Requer a concessão da ordem, para que seja revogada a prisão preventiva do paciente, cancelando-se o procedimento de extradição, expedindo-se alvará de soltura em seu favor (fls. 01/23).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 61/63).

Prestadas informações pela digna autoridade, dita coatora (fls. 66/67), pronunciou-se a Douta Procuradoria Geral de Justiça, pela denegação da ordem (fls. 94/99).

Este, em síntese, é o relatório.

Verte das informações prestadas pela autoridade judiciária em 02 de

Acesso ao Sumário

agosto de 2018, *in verbis*:

"1. Daniel Diedrich é acusado da prática do crime previsto no art. 1º, I e II, da Lei nº 8.137/90, em razão da sonegação de imposto (ICMS), nos valores indicados na denúncia (fls.1d-3-d) que, somados, perfazem R$512.742,56 (quinhentos e doze mil, setecentos e quarenta e dois reais e cinquenta e seis centavos).

"2. A denúncia foi recebida (fls.699) e o réu não foi localizado para citação (fls.815), do que decorreu a citação por edital (fls.831), ficando suspensos o processo e a prescrição (fls.832).

"3. O réu tinha conhecimento da investigação criminal, pois prestou depoimento à autoridade policial (fls.886), no qual informou que havia deixado o país, mas não forneceu endereço onde pudesse ser localizado, o que inviabilizou a citação pessoal. A saída do país, sem que se possa localizá-lo para qualquer ato do processo, inviabiliza a aplicação da lei penal e permite a impunidade, situação que, por certo, deve ser evitada.

"4. Várias tentativas de localização foram feitas nos autos, sem sucesso, sobrevindo a decisão de decretação da prisão preventiva (fls.910), para garantia da aplicação da lei penal.

"5. O mandado de prisão foi cumprido nos Estados Unidos da América e a defesa do réu solicitou a revogação do decreto.

"6. O pedido de revogação da prisão preventiva foi indeferido, determinando-se fossem adotados os procedimentos para a extradição do réu (fls.1007/1008).

"Conforme explicitado nesta decisão (fls.1007/1008), a saída do réu do país já causou a prescrição de uma pena a que havia sido condenado, por homicídio culposo no trânsito. Tem-se, de plano, a situação de impunidade instaurada.

"A conduta do réu revela a intenção de não cumprir pena aplicada no país e, se eventualmente condenado noutras ações penais, o mesmo poderá acontecer. A prescrição de penas é hipótese que não se pode descartar, em razão do antecedente mencionado.

"7. O processo encontra-se aguardando a tradução de peças para instrução do pedido de extradição, por tradutor oficial" (fls. 66/67).

A ordem deve ser concedida.

A prisão preventiva, medida de absoluta exceção, exige se façam presentes elementos seguros, que não estão presentes no caso em exame.

O paciente teve decretada sua prisão preventiva em razão de sua não localização, todavia, ao tomar conhecimento da ação penal movida contra si após sua prisão, constituiu advogado, que por sua vez ingressou nos autos com

Acesso ao Sumário

mandato de procuração, bem como requereu a revogação de sua segregação cautelar.

Por sua vez, o magistrado *a quo* manteve a prisão preventiva do paciente.

Embora respeitando o entendimento do nobre julgador de piso, entendo que não mais subsistem os motivos que ensejaram a decretação da prisão cautelar do paciente por conveniência da instrução criminal ou mesmo para eventual aplicação da lei penal.

Não entendo presentes quaisquer das circunstâncias ensejadoras da prisão preventiva, a justificar a prisão cautelar.

Nessa esteira, ressalta-se que o paciente possui residência fixa, ocupação lícita e família constituída por quatro filhos menores de 3, 5, 8 e 10 anos de idade, conforme certidões de nascimento de fls. 39/42, além de esposa grávida do quinto filho, todos em situação legal nos EUA, demonstrando fortes laços com a pátria em que elegeram para fixar moradia.

Ademais, como dito, ao tomar conhecimento da ação penal em questão, o paciente constituiu advogado, que ingressou com procuração nos autos, ilidindo os efeitos do artigo 366 do CPP, a evidenciar que não pretende se furtar à aplicação da lei penal.

Não se pode olvidar que os fatos criminosos tratados no presente se deram em 2008 e 2009 e, a despeito de responder a outras ações penas de mesma natureza, ao que tudo indica se trata de primário, e a gravidade do crime não constitui, por si só, motivo à adoção da prisão preventiva automática, de muito abolida do nosso sistema processual em que a prisão provisória é medida de exceção, a *ultima ratio*, na qual a liberdade é a regra.

Além disso, o fato de o paciente residir em outro país em nada macula a instrução processual, em face da possibilidade de realização de audiência por videoconferência, não se olvidando que o paciente é representado por advogado regularmente constituído.

De mais a mais, como bem ponderado pela douta defesa, o paciente não possui residência e nem ocupação no Brasil, sua vida está totalmente estruturada em outro país, juntamente com sua família, de modo que não faria sentido extraditá-lo e posteriormente conceder-lhe a liberdade provisória cumulada com medidas cautelares alternativas, somente por conveniência da instrução processual e para eventual aplicação da lei penal, conquanto milita em seu favor o princípio constitucional da presunção de inocência.

É da jurisprudência pátria que o decreto de prisão preventiva venha fundado em elementos concretos que justifiquem a segregação. A restrição antecipada do direito de liberdade do acusado deve obedecer aos requisitos necessários para a decretação de qualquer provimento cautelar: o *fumus boni juris*, entendido como a plausibilidade do direito invocado pelo interessado na medida cautelar, e o

Acesso ao Sumário

periculum in mora que, no caso de prisão cautelar, configura-se como *periculum libertatis*, ou seja, a demonstração de que a liberdade do acusado pode por em risco os resultados do processo ou da investigação, quer em relação ao seu desenvolvimento regular, quer quanto à concreta efetivação da sanção penal que venha afinal a ser imposta.

A regra constitucional é que os indivíduos fiquem em liberdade até que sobre eles recaia sentença condenatória transitada em julgado. Para que esse direito individual seja afastado é imperioso que exista um quadro fático a demonstrar que a custódia cautelar do indivíduo é necessária, imprescindível, inadiável, ainda que tenha sido preso em flagrante, o que não é o caso.

Aliás, conforme já decidiu esta Colenda Corte:

"A prisão preventiva somente deve ser decretada diante da existência dos pressupostos legais e, por destinar-se a assegurar os interesses sociais de segurança, jamais deve basear-se em meras suposições, cumprindo apontar fatos concretos, vinculados à atuação do acusado que comprovem atitudes contrárias ao interesse da instrução criminal, o que não ocorre na espécie" (TJSP, HC 377.455.3/2, 4ª Câmara Criminal, Rel. Passos de Freitas).

De rigor, pois, seja restabelecida a ordem legal.

Por final, a questão da cautelaridade do processo penal sofreu significativas modificações com o advento da Lei 12.403/2011, por meio da qual o legislador ordinário disponibilizou alternativas à segregação cautelar como formas de se garantir a instrução processual, a aplicação da lei penal, e de se evitar a reiteração de práticas delitivas.

No entanto, no caso em testilha, carece de previsão legal a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares alternativas, previstas no art. 319 do CPP, porquanto o ordenamento pátrio não se impõe em outro país, tornando-se possível somente o compromisso de manter seu endereço e contatos atualizados junto ao juízo monocrático, sob pena de revogação da benesse.

Posto isto, concede-se a ordem ora impetrada, para revogar a prisão preventiva do paciente, suspendendo-se o pedido de extradição em curso, expedindo-se alvará de soltura clausulado, com o compromisso de manter endereço e contatos atualizados, a fim de viabilizar sua imediata localização, sob pena de revogação. Comunique-se com urgência.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2191277-47.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e Paciente LUCAS GABRIEL ALABARCE BARRA NOVA.

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 da presente ordem. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8.867)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO (Presidente sem voto), LUIZ ANTONIO CARDOSO e TOLOZA NETO.

São Paulo, 18 de setembro de 2018.

ÁLVARO CASTELLO, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – EXECUÇÃO PENAL – SAÍDA TEMPORÁRIA DO DIA DAS CRIANÇAS – INDEFERIMENTO – IMPETRAÇÃO DE *HABEAS CORPUS* VISANDO A OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO – VIA INADEQUADA: Não há qualquer ilegalidade sanável pela via do *writ*, meio impróprio para revisão de decisões proferidas no Juízo das Execuções Criminais, contra as quais há recurso adequado previsto em lei.

VOTO

A Defensoria Pública impetra este *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de LUCAS SOARES SILVA alegando constrangimento ilegal em sua liberdade de ir e vir por ato praticado pelo MM. Juízo do DEECRIM – 1ª RAJ – Comarca de São Paulo.

A impetrante afirma, em síntese, que o paciente cumpre no momento pena em regime semiaberto e preenche os requisitos para a concessão da saída temporária do Dia das Crianças (2018), mas, entretanto, a benesse lhe fora denegada.

Aduz, para tanto, que não é motivação idônea a obstar o beneficio o fato do paciente ter sido progredido recentemente a modalidade prisional intermediária. Pugna, assim, a concessão da saída temporária (fls. 01/05).

Não apreciada a liminar em razão do decidido a seguir, foram dispensadas a solicitação de informações e remessa dos autos a d. Procuradoria Geral de Justiça.

É O RELATÓRIO.

Dos autos tem-se que o pedido de saída temporária do Dias dos Pais e Dia

Acesso ao Sumário

das Crianças foi indeferido ao paciente "*vez que foi recentemente progredido ao regime semiaberto, não sendo possível averiguar se está adaptado ao regime intermediário, fundado na autodisciplina, tampouco se possui comportamento compatível com o benefício da saída temporária, sendo necessária a comprovação de sua responsabilidade antes de ser beneficiado*" *[sic]* (fls. 66).

A ordem não pode ser conhecida.

Pretende a impetrante, através do remédio heroico, a concessão de saída temporária, apesar de tal pedido envolver exame aprofundado que não encontra espaço nos estreitos limites da ação constitucional, havendo recurso próprio que permite tal discussão (agravo em execução), razão pela qual não merece ser conhecido.

Percebe-se, pois, que a impetrante busca substituir o agravo em execução, recurso adequado e previsto em lei, pelo remédio constitucional que, como é cediço, não é o meio idôneo para análise da pretensão do paciente por não se configurar como sucedâneo recursal.

Esta Corte já deixou assentado que:

"Questões relativas à progressão de regime prisional e a outros incidentes de execução da pena são da competência originária do Juízo das Execuções Criminais (art. 66, nº III, alíneas b e f, da Lei de Execução Penal); ao Tribunal, apenas em grau de recurso, cabe o reexame do ponto ali decidido, sendo-lhe defeso deferi-lo na via sumaríssima e estreita do ''habeas corpus".

Ainda que instrumento processual de dignidade constitucional, próprio a tutelar a liberdade do indivíduo, não pode o "habeas corpus" substituir o recurso ordinário, máxime quando a "causa petendi" respeita a questões de alta indagação" (*Habeas Corpus* nº 990.09.070566-3, Rel. Des. Carlos Biasotti, 5ª Câmara de Direito Criminal, julgado em 04.06.2009).

Do Colendo Superior Tribunal de Justiça se extrai:

"O habeas corpus é meio impróprio para a obtenção de benefícios relativos à execução da reprimenda, tendo em vista a incabível dilação probatória que se faria necessária ao exame da presença dos requisitos exigidos para a concessão das benesses legais. Ordem denegada (*Habeas Corpus* nº 28.076/RJ – Rel. Gilson Dipp – 5ª Turma, julgado em 09.09.2003).

Não se vislumbra, portanto, constrangimento ilegal a ser sanado na ação de *habeas corpus*, eis que a impetrante optou por via inadequada, desmerecendo conhecimento.

Pelo exposto, NÃO SE CONHECE da presente ordem.

Acesso ao Sumário

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2137493-58.2018.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é impetrante ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SEÇÃO DE SÃO PAULO, é impetrado MM. JUIZ (A) DE DIREITO DA 3ª VARA CRIMINAL DE BAURU.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a segurança. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Euro Bento Maciel Filho 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 46.021)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores POÇAS LEITÃO (Presidente sem voto), CLÁUDIO MARQUES e GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI.

São Paulo, 13 de setembro de 2018.

WILLIAN CAMPOS, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – ARTIGO 265 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – IMPOSIÇÃO DE MULTA – PRETENSÃO À SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE – SEGURANÇA DENEGADA. Advogada que, intimada pessoalmente e por publicação no Diário Oficial, deixou de apresentar razões ao recurso de apelação, quedando-se inerte.

VOTO

A **Ordem dos Advogados do Brasil**, Seccional de São Paulo, representada pelo advogado Euro Bento Maciel Filho, impetra o presente **Mandado de Segurança** contra ato do MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Bauru.

Relata o impetrante que o douto magistrado *a quo* aplicou à advogada *Carla Bastazini* a multa equivalente a 5 (cinco) salários mínimos, prevista no artigo 265 do Código de Processo Penal, por abandono de causa. Informa, por primeiro, que a *OAB* tem competência para representar os advogados no país, inclusive na condição de sindicato. Assevera, no mais, que aquele dispositivo

Acesso ao Sumário

retira da *OAB* o dever-poder de punir seus inscritos e aplica pena sem o devido processo legal e sem assegurar ao profissional o exercício do contraditório e da ampla defesa. Assevera que não ocorreu o abandono do processo, mas tão somente a falta de apresentação de razões de apelação, pois acabou se esquecendo de que fora intimada.

Indeferida a liminar (fls. 173/174) e prestadas informações pela autoridade impetrada (fls. 177/181), manifestou-se a douta Procuradoria de Justiça pela denegação da segurança (fls. 186/192).

É o Relatório.

A segurança deve ser denegada.

Segundo consta dos autos, *Mateus Fernandes da Silva* foi preso em flagrante no dia 12.10.2015 por incurso no artigo 157, §2º, incisos I e II do Código Penal. A defensora **Carla Bastazini** foi constituída (fls. 287) e apresentou defesa prévia (fls. 304/306). Realizada audiência de instrução, debates e julgamento (fls. 368/369), a advogada apresentou memoriais defensivos (fls. 507/510).

Relatou a douta autoridade impetrada que sobreveio sentença condenatória e a defensora constituída **Carla Bastazini** foi intimada pessoalmente da sentença, com apresentação de recursos pela Defesa (fls. 531) e pelo Ministério Público (fls. 533). Recebidos os recursos e ordenada vista às partes para apresentação de "*razões e contrarrazões*", a advogada **Carla Bastazini** foi procurada pelo Oficial de Justiça no dia 19.12.2016, mas não foi localizada (fls. 569) e, posteriormente, foi intimada pessoalmente no dia 13.01.2017 (fls. 570/571) e pelo Diário de Justiça no dia 15.05.2017 (fls. 576/577), porém quedou-se inerte e não apresentou razões de apelação (fls. 578). Desse modo, a autoridade impetrada ordenou intimação para que Mateus constituísse novo defensor (fls. 584/585). Transcorrido *in albis* o prazo, foi nomeado Defensor Público para continuar na defesa do réu (fls. 587), que requereu aplicação de multa de 10 salários mínimos em razão do abandono de causa da advogada **Carla Bastazini** (fls. 590). Diante disso, a autoridade impetrada determinou a aplicação de multa no valor de 5 salários mínimos em desfavor da interessada, por ter abandonado a causa (fls. 638).

Acesso ao Sumário

Desta forma, em que pesem os argumentos expendidos, verifica-se que houve desídia da advogada na defesa dos interesses do réu. Intimada por duas vezes, pessoalmente e mediante publicação no Diário Oficial, preferiu quedar-se inerte, sob o argumento de que "*acabou se esquecendo de que fora intimada"*.

Neste sentido:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MULTA COMINADA A ADVOGADO POR ABANDONO DO PROCESSO. INTIMAÇÃO PARA COMPARECER À AUDIÊNCIA. AUSÊNCIA INJUSTIFICADA. ART. 265, CAPUT, DO CPP. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

REJEIÇÃO. DECISÃO PLENAMENTE MOTIVADA. DESPROVIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO. 1. Intimado para comparecer à audiência de interrogação do acusado, deixou o patrono de fazê-lo, sem justo motivo, comprometendo o bom andamento do processo e a ampla defesa do réu, impondo, assim, a aplicação da penalidade de multa prevista no art. 265, caput, do CPP. 2. Não se vislumbra inconstitucionalidade do art. 265, caput, do CPP, ou ofensa aos princípios do juiz natural, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, em se tratando de sanção de natureza processual, incluindo-se na esfera de discricionariedade regrada do juiz natural do processo, sendo exercidos a ampla defesa e o contraditório através da possibilidade de impugnar a decisão atacada por pedido de reconsideração ou mandado de segurança. 3. Evidenciada a ausência de ofensa a direito líquido e certo do advogado, ora recorrente, refoge à via mandamental determinar a suspensão da multa arbitrada. 4. Recurso Ordinário a que se nega provimento (RMS 31.966/PR – Rel. Min. Adilson Vieira Macabu – 5ª Turma – j. 14.04.2011).

Assim, conforme bem observado pela douta Procuradoria Geral de Justiça, "*nada mais claro à aplicação da multa do que o esquecimento da intimação para a prática de extrema importância, que levou inclusive a nomeação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo para atuar no feito*".

Registre-se que, conquanto a falta de apresentação de razões não tenha obstado a prática do ato, já que houve nomeação da Defensoria Pública para fazê-lo, o prejuízo à defesa se revela no retardamento do andamento processual, já que a apresentação do recurso pela advogada ocorreu no dia 01.11.2016, com intimação para apresentar as razões por duas oportunidades, em 13.01.2017 e 15.05.2017, e a efetiva apresentação pela Defensoria Pública em 23.02.2018, ou seja, depois de transcorrido mais de 1 ano.

Neste sentido já decidiu este E. Tribunal de Justiça:

MANDADO DE SEGURANÇA. Impetração contra ato do Presidente da Seção de Direito Criminal deste E. Tribunal de Justiça que, nos autos da Apelação nº 0005983- 93.2015.8.26.0635, aplicou ao advogado nomeado para defesa do réu, a pena de multa no valor correspondente a dez salários mínimos, por abandono de causa, porque ele não teria apresentado as razões do recurso na fase do art. 600, § 4º, do Código de Processo Penal, apesar de intimado por duas vezes. Alegação de ilegalidade. Rejeição. Existência, no presente caso, de respaldo para aplicação da multa, nos termos do art. 265 do Código de Processo Penal, porque se de um lado a inércia do patrono do réu (na apresentação das razões recursais) não implicou em prejuízo efetivo à defesa (considerando que houve nomeação de outro advogado para cumprimento dessa providência),

Acesso ao Sumário

de outro lado do ponto de vista do descaso no atendimento das intimações judiciais - essa omissão pode ser traduzida, no mínimo, como obstáculo ao bom andamento processual. Não se há de cogitar, outrossim, de nulidade da decisão impugnada por suposta ofensa ao princípio do devido processo legal, pois, em se tratando de sanção de natureza processual, o exercício da ampla defesa e do contraditório, no caso, foram garantidos pela oportuna concessão de prazo para que o advogado nomeado justificasse sua omissão, com advertência, inclusive, de que a inércia implicaria na caracterização de abandono do processo (MS 2220292-32.2016.8.26.0000 Rel. Ferreira Rodrigues Órgão Especial j. 01.02.2017).

Por fim, relevante anotar que, com a reforma processual introduzida pela Lei 11.719/2008, a imposição de multa não exclui a possibilidade de aplicação de outras sanções previstas no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, conforme ensina Guilherme de Souza Nucci:

(...) a partir da edição da Lei 11.719/2008, o defensor pode abandonar o processo por motivo imperioso, comunicando previamente o juiz. Se a comunicação não for feita de antemão, fica sujeito a uma multa de 10 a 100 salários mínimos, sem prejuízo de outras sanções, como, por exemplo, de ordem administrativa (OAB) (Código de Processo Penal Comentado, 8ª ed., RT, p. 565).

Nestas circunstâncias, ausente direito líquido e certo a ser protegido pelo *mandamus*, a segurança deve ser denegada.

Denega-se a segurança.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2153681-29.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante M. P. DO E. DE S. P., é impetrado M. J. DE D. P. DO I. T. DO J. DA C. DA C.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a segurança. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 001118)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores POÇAS LEITÃO (Presidente) e WILLIAN CAMPOS.

São Paulo, 18 de outubro de 2018.

GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DO JÚRI. INDEFERIMENTO DE ARROLAMENTO DE TESTEMUNHAS ACIMA DO NÚMERO MÁXIMO PERMITIDO NO ARTIGO 422 DO CPP. MANUTENÇÃO. Feito em que é investigado o cometimento de três crimes em um mesmo contexto fático. Complexidade do procedimento do Júri. Deferimento da medida pleiteada colocaria em risco a instrução criminal e a celeridade processual, além de repercutir no andamento de outros processos que tramitam na Vara de Origem. Irrazoabilidade e desproporcionalidade da pretensão. Inexistência de excepcionalidade manifesta que autorize o deferimento do pleito ministerial. Precedente.

Segurança denegada.

VOTO

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** impetra o presente mandado de segurança, com pedido de liminar, visando à desconstituição da respeitável decisão do MM. JUIZ DE DIREITO PRESIDENTE DO III TRIBUNAL DO JÚRI DA COMARCA DA CAPITAL, que indeferiu a oitiva das oito testemunhas arroladas pela acusação por ultrapassar o limite legal de cinco, nos autos de nº 0832211-46.2013.8.26.0052, em que F.V.N. foi pronunciado como incurso nos artigos 121, §2º, incisos II, III e IV, 213, §1º e 211, todos do Código Penal.

Requer o deferimento da oitiva das oito testemunhas arroladas pela Acusação em plenário. Alega que a decisão ora atacada contraria entendimento jurisprudencial e doutrinário sedimentado, no sentido de que é possível a oitiva de um número maior de testemunhas do que o previsto no artigo 422 do Código de Processo Penal quando são investigados mais de um crime. Relata que o mencionado artigo não pode ser interpretado restritivamente sob pena de tolhimento ao direito do *parquet* de produzir provas. Ressalta que a interpretação amplamente adotada no sentido de que é cabível o arrolamento de cinco testemunhas por fato criminosa investigado é a mais consentânea com o princípio da isonomia, estampado na Constituição Federal. Argui ofensa ao princípio da inafastabilidade do controle judicial e à competência constitucional do Tribunal do Júri. Sustenta que, embora a decisão ora guerreada tenha se fundamentado na ideia de que os crimes teriam ocorrido no mesmo contexto fático, a prova até então coligida aos autos demonstra que havia vínculo amoroso entre o acusado e a vítima, discussão quanto ao pagamento de pensão alimentícia

Acesso ao Sumário

e ciúmes, circunstâncias anteriores ao crime que demandam comprovação, sob o contraditório e ampla defesa. Argumenta que a oitiva de mais três testemunhas não irá inviabilizar o funcionamento do Judiciário (fls. 1/306).

A liminar foi indeferida pelo Eminente Desembargador Willian Campos (fls. 308/309) e prestadas as informações de praxe pela digna autoridade apontada como coatora (fls. 313/364), tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em respeitável parecer lançado nos autos, opinado pela concessão da ordem (fls. 367/379).

Foi determinada a citação do réu como litisconsorte passivo (fls. 381), o que foi providenciado (fls. 386).

É o relatório.

Em que pese o respeitável entendimento em sentido contrário, exposto pela D. Procuradoria Geral de Justiça, não há ato ilegal ou abusivo passível de afastamento por este remédio processual.

Pelo que consta nos autos, F.V.N. está sendo processado por ter praticado, em tese, os crimes previstos nos artigos 121, §2º, incisos I, III, IV e V, 213, §1º, e no artigo 211, todos do Código Penal (homicídio quadruplamente qualificado, estupro qualificado), haja vista que, no dia 14 de outubro de 2011, mediante asfixia mecânica, por agente físico mecânico, provocou a morte de R.S.S., tendo, anteriormente a isto, constrangido a vítima, menor de 17 (dezessete) anos, mediante violência, a ter conjunção carnal, e, depois de consumado o homicídio, destruído parte do cadáver da ofendida.

O feito foi regularmente instruído, tendo o réu sido pronunciado como incurso no artigo 121, §2º, incisos II, III e IV, no artigo 213, §1º, e no artigo 211, todos do Código Penal.

Na segunda fase do procedimento do júri, foi determinado que as partes apresentassem rol de testemunhas, nos termos do artigo 422 do Código de Processo Penal, oportunidade em que o Ministério Público arrolou 8 (oito) testemunhas, tendo a Defesa arrolado as mesmas testemunhas mais uma (fls. 313/315).

Acesso ao Sumário

Pela r. decisão de fls. 304/306, foi determinado que as partes adequassem o rol de testemunhas para cinco, conforme previsto no artigo 422, no prazo de cinco dias, entendendo o Meritíssimo Juiz que a oitiva de oito testemunhas implicaria na inviabilização e aumento da pauta de julgamentos em Plenário, tendo em vista as circunstâncias materiais da Vara (fls. 304/306).

Resguardado o devido acatamento aos ilustres representantes do Ministério Público, não há qualquer ilegalidade na decisão ora objurgada.

Inicialmente, insta consignar que esta Relatora não desconhece o entendimento jurisprudencial e doutrinário segundo o qual o número de testemunhas, para a acusação, deva ser estabelecido de acordo com a quantidade

de fatos imputados, independentemente da quantidade de acusados e, para a defesa, não só apenas com o número de fatos, mas também com o número de acusados, o que tem sido aplicado, geralmente, às hipóteses submetidas ao procedimento comum, onde tem aplicação o artigo 401 do Código de Processo Penal (STJ – Quinta Turma, HC 55702/ES, Relator Ministro Honildo Amaral de Mello Castro, j. 05.10.2010, DJe 25.10.2010).

Contudo, tal posicionamento deve ser mitigado no procedimento do Júri, notadamente em sua segunda fase (*iudicium causae*), diante do caso concreto que se apresenta, em que são apurados três crimes cometidos no mesmo contexto fático, de forma e do risco concreto, caso se admitisse o arrolamento de mais testemunhas, de prejuízo à instrução probatória e celeridade processual, porquanto a medida de certo causaria tumulto processual, dada a complexidade própria da sessão do Tribunal do Juri, não havendo, *in casu*, excepcionalidade manifesta que autorize o deferimento do pleito ministerial.

Nesse sentido, aliás, já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. AGRAVANTE PRONUNCIADO PELA PRÁTICA, EM TESE, DE TRIPLO HOMICÍDIO QUALIFICADO. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE NÃO CONFIGURADA. NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. INEXISTÊNCIA. LIMITAÇÃO DO NÚMERO DE TESTEMUNHAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ART. 422 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...]* ***III - O art. 422 do Código de Processo Penal estabelece que as partes têm a faculdade de indicar 5 (cinco) testemunhas, salvo demonstrada a real necessidade de extensão desse rol. IV - Na hipótese, a pretendida extrapolação do número legal de testemunhas violaria os postulados da razoabilidade e proporcionalidade, causando possível tumulto processual, em desrespeito ao princípio constitucional da razoável duração do processo, uma vez que o eg. Tribunal de origem consignou que, "Resta evidente, assim, tratar-se de contexto fático único, em que pese o resultado múltiplo de três homicídios qualificados", razão pela qual "não há nos autos fatos que justifiquem a necessidade de extrapolação desse número" (precedentes). Agravo regimental desprovido.*** (STJ – Quinta Turma, AgRg no RHC 65252/PR, Relator Ministro Felix Fischer, j. 14.03.2017, DJe 22.03.2017) ***grifo nosso***

E, conforme bem fundamentado nos autos de origem, a limitação do número de testemunhas a serem ouvidas pela Acusação deveu-se ao risco de aumento e consequente inviabilização dos julgamentos em Plenário do Júri, em

Acesso ao Sumário

razão da complexidade dos processos que correm na Vara do Júri de origem, necessidade de designação de mais um dia para o julgamento para cada Plenário, e, principalmente, a considerável possibilidade de redesignações reiteradas, por conta da ausência de qualquer das várias testemunha, circunstâncias que poderiam assoberbar a pauta de julgamentos (fls. 304/306), evidenciando a irrazoabilidade e desproporcionalidade da medida reclamada neste *mandamus.*

Afinal, é evidente que quanto maior o rol de testemunhas a serem ouvidas, maior a probabilidade de intimações frustradas ou impossibilidades de comparecimento, o que, na prática, ensejaria redesignações, com consequente afastamento temporal das oitivas dos delitos em julgamento, em detrimento da qualidade da prova (observe-se que a ausência ou falta de intimação de uma única testemunha arrolada, se anteriormente deferida sua inclusão, ensejará a redesignação).

Ademais e não menos importante, dada a peculiaridade do procedimento em curso, ambas partes já tiveram oportunidade de produção de provas orais segundo suas conveniências, adotados os fundamentos da pretensão recursal, na fase do SUMÁRIO DA CULPA, não havendo porque se cogitar em tal pretensão nesta fase, destinada principalmente à apresentação dos julgadores constitucionais dos elementos de prova produzidos no processo, inclusive perante o juiz singular, sem necessidade de sua repetição ou inovação.

Assim, não há motivo que determine o afastamento da respeitável decisão ora atacada, eis que devidamente fundamentada e diligentemente exarada, com vistas à viabilização da célere tramitação processual e encaminhamento para sua conclusão.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DENEGO A SEGURANÇA.**

Procedimentos Investigatórios Criminais

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Procedimento Investigatório Criminal (pic-mp) nº 0027802-46.2018.8.26.0000, da Comarca de Lins, em que é investigado EDGAR DE SOUZA (PREFEITO DO MUNICÍPIO DE LINS).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: ACOLHERAM O PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DO PROCEDIMENTO

INVESTIGATÓRIO CRIMINAL formulado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.541)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GERALDO WOHLERS (Presidente sem voto), DAMIÃO COGAN e TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 27 de agosto de 2018.

JUVENAL DUARTE, Relator

Ementa: Procedimento Investigatório – Criminal – Crime do artigo 89, da Lei nº 8.666/93 – Investigado: Prefeito do Município de Lins, SP – Promoção de arquivamento – Acolhimento – Necessidade – Pleito formulado em nome do Procurador Geral de Justiça, por delegação, que afasta a incidência do artigo 28, do Código de Processo Penal, ou considerações a respeito da conclusão do *parquet* quanto à insuficiência de elementos de prova para o início da persecução penal – Pedido de arquivamento acolhido.

VOTO

Trata-se de Procedimento Investigatório Criminal instaurado com o objetivo de se apurar a suposta prática do crime capitulado no artigo 89, *caput*, da Lei nº 8.666/93, pelo Prefeito do Município de Lins, SP, EDGAR DE SOUZA TRINDADE.

Manifestou-se a Subprocuradoria-Geral Jurídica no sentido de que se promova o arquivamento do feito por não se vislumbrar (...) *conduta dolosa praticada pelo investigado e exigida pelo tipo penal do artigo 89 da Lei nº 8.666/93 (...),* mesmo porque a *(...) concessão do direito real de uso de imóvel municipal para pessoa jurídica de direito privado por meio da Lei Complementar Municipal nº 1.551/2017, ocorreu com base em Leis Municipais vigentes à época do ato administrativo. Outrossim, apesar de a concessão do direito real de uso ter desobedecido às disposições do artigo 17 da Lei nº 8.666/93 e das Constituições Federal e Estadual, ainda não há declaração da inconstitucionalidade das Leis Municipais mencionadas* (..., *sic*, fls. 516/517).

Por força do que preceituam os artigos 29, X, da Constituição Federal, e 84, do Código de Processo Penal, foram os autos remetidos a este E. Tribunal, ante a competência por prerrogativa de função de que goza o sindicado.

É, em resumo, o relatório.

Imperativo o acolhimento do requerimento do Ministério Público do

Estado de São Paulo, senão vejamos.

Além de suas atribuições administrativas, a d. Procuradoria Geral de Justiça exerce, também, funções de órgão de execução.

E, ao delinear as funções institucionais do Ministério Público, a própria Constituição Federal enumera algumas que podem ser consideradas próprias de órgão de execução.

Com efeito, de acordo com o artigo 129, I, da Constituição Federal, são funções institucionais do Ministério Público *promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.*

De outra banda, o artigo 29, V, VII e IX, da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), estabelece que, além das atribuições previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, compete ao Procurador Geral de Justiça *ajuizar ação penal de competência originária dos Tribunais, nela oficiando, assim como determinar o arquivamento de representação, notícia de crime, peças de informação, conclusão de comissões parlamentares de inquérito ou inquérito policial, nas hipóteses de suas atribuições legais e, também, delegar a membro do Ministério Público suas funções de órgão de execução.*

Na mesma direção, o artigo 116, I, X, XII e XIV, da Lei Complementar Estadual nº 734/93 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo), estabelece que constituem atribuições do Procurador Geral de Justiça a propositura de *ação penal nos casos de infrações penais comuns e de crimes de responsabilidade, nas hipóteses de competência originária dos Tribunais de Justiça e de Alçada, o exercício das atribuições do Ministério Público nos processos referidos neste artigo e seus incidentes, assim como determinar o arquivamento de representação, notícia de crime, peças de informação ou inquérito policial, nas hipóteses de suas atribuições legais e, ainda, delegar a membro do Ministério Público suas funções de órgão de execução.*

Finalmente, o artigo 12, XI, da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) preceitua que compete ao Colégio de Procuradores de Justiça *rever, mediante requerimento de legítimo interessado, nos termos da Lei Orgânica, decisão de arquivamento de inquérito policial ou peças de informação determinada pelo Procurador-Geral de Justiça, nos casos de sua atribuição originária.*

Acesso ao Sumário

Destarte, desponta forçosa a conclusão de que o judicioso parecer acostado a fls. 514/517, conquanto haja sido subscrito pelo i. Procurador de Justiça JOÃO ANTÔNIO BASTOS GARRETA PRATS, foi ofertado, em última análise, em nome do d. Procurador Geral de Justiça, por delegação, pelo que não há margem alguma para utilização do permissivo previsto no artigo 28, do Código de Processo Penal, ou para qualquer consideração acerca do que

concluiu o *parquet* quanto à insuficiência de elementos de convicção para a propositura de ação penal.

É que, em se tratando de competência originária, tal qual no caso em comento, o pedido de arquivamento de inquérito policial, de termo circunstanciado ou de peças de informação, endereçado diretamente ao Tribunal de Justiça competente, cabe ao chefe do Ministério Público, afigurando-se obrigatório, pois, seu acolhimento, *ex vi* do artigo 129, I, da Constituição Federal.

A propósito, lecionava o saudoso JÚLIO FABBRINI MIRABETE, ao tratar da matéria, com base no artigo 28 do Código de Processo Penal:

> *Insistindo o Procurador-Geral no pedido de arquivamento o juiz é obrigado a atendê-lo, como deixa claro o dispositivo. Não lhe cabe recurso de ofício ou pedido de diligências posteriores à manifestação do chefe do Parquet. O mesmo ocorre nas hipóteses de competência originária dos tribunais, pois se a iniciativa da ação cabe ao Ministério Público, ao tribunal não é dado obrigá-lo a oferecer denúncia* (*Código de Processo Penal Interpretado,* 11ª edição, São Paulo, Atlas, 2006, p. 148).

Na mesma linha são os pertinentes comentários de GUILHERME DE SOUZA NUCCI:

> *Requerimento de arquivamento em competência originária: quando o inquérito é controlado diretamente pelo Procurador-Geral de Justiça (ou da República, conforme o caso), por se tratar de feito de competência originária (crime cometido por juiz, por exemplo), o pedido de arquivamento é dirigido diretamente ao Tribunal (...). Não há, nesse caso, como utilizar o art. 28, sendo obrigatório o acolhimento do pedido. Conferir: TJSP: "Sendo o Procurador-Geral de Justiça o titular da ação penal e havendo pedido dele pelo arquivamento do inquérito, o Tribunal de Justiça deve aceitar a sua manifestação, sem examinar o mérito: (Inquérito 115.740-0/0, Órgão Especial, rel. Barbosa Pereira, 10.11.2004, v.u., JUBI 101/05); Inquérito 116.066-0/1, Órgão Especial, rel. Barbosa Pereira, 20.04.2005, v.u., JUBI 108/05. O mesmo critério é utilizado quando o arquivamento tiver por fim outras peças de informação, não constitutivas de inquérito policial (ex.: investigação de Comissão Parlamentar de Inquérito). Nesse sentido: TJSP: Representação contra autoridade 115.780-0/2, Órgão Especial, rel. Walter de Almeida Guilherme, 27.10.2004, v.u., JUBI 101/05* (*Código de Processo Penal Comentado*, 10ª edição, São Paulo, RT, 2011, p. 143/144).

Por tais razões, ACOLHE-SE O PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL formulado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo.

Acesso ao Sumário

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 0004622-51.2017.8.26.0318, da Comarca de Leme, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido CLEBER VICENTE.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "por votação unânime, deram provimento ao recurso em sentido estrito", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.867)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente) e AMABLE LOPEZ SOTO.

São Paulo, 12 de setembro de 2018.

ANGÉLICA DE ALMEIDA, Relatora

Ementa. Recurso Sentido Estrito. Indeferimento de pedido de Medida Protetiva. Reforma da decisão.

Medidas protetivas de urgência. Ato Jurisdicional não pode ser atribuído, ou delegado, ao Ministério Público. Princípio da inafastabilidade do controle judiciário (art. artigo 5º, XXXV, CF). Princípio do Juiz Natural (art. 5º XXXVII, CF e artigos 22, 23 e 33, da Lei Maria da Penha).

A apreciação da conveniência e oportunidade de ser assegurado à mulher em risco de violência doméstica familiar medida protetiva de urgência, constitui ato jurisdicional, que, por conseguinte, não pode ser atribuído ao Ministério Público. Princípio da inafastabilidade do controle judiciário (art. 5º, XXXV, CF). As medidas protetivas de urgência constantes da Lei 11.340/06 Lei Maria da Penha, representam, em maior ou menor proporção, restrição a direitos fundamentais, poderes que não podem ser atribuídos a órgão diverso (arts. 22, 23 e 33, Lei Maria da Penha). Princípio do Juiz Natural (artigo 5º XXXVII, CF).

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso em sentido estrito que se insurge contra decisão, exarada pela ilustre magistrada Adriana Barrea, que indeferiu pedido de medida protetiva, formulado em favor de Luana Fernanda dos Santos, consistente no encaminhamento do recorrido para curso de reeducação familiar (fls. 01/07).

Postula a reforma da decisão, com o consequente encaminhamento do recorrido para o curso de reeducação familiar (fls. 01/07).

Apresentadas as respectivas contrarrazões (fls. 08/09), a decisão foi mantida no juízo de retratação (fls. 12).

A d. Procuradoria Geral de Justiça manifesta-se pelo provimento do recurso (fls. 18/19).

É o relatório.

O recorrido Cléber Vicente foi denunciado, porquanto, no dia 04 de janeiro de 2017, por volta de 22h30min, teria ameaçado Luana Fernanda dos Santos, por palavras e gestos, de causar-lhe mal injusto e grave. Nas mesmas condições de tempo e local, teria agredido a vítima, causando-lhe lesão corporal de natureza leve.

A decisão recorrida indeferiu o pedido de medida protetiva, ao deixar consignado:

> *Indefiro, outrossim, o pedido ministerial constante do item "5". A uma, porque este Juízo acumula competência Criminal para ações penais, execuções, júri, Infância e Juventude protetiva e infratora, não dispondo de meios, tempo hábil e número bastante para a criação de Anexo da Violência Doméstica contra a mulher. A duas, porquanto tais providências poderão ser adotadas pelo representante do Ministério Público, cujas atribuições incluem a implementação, fiscalização e efetividade das medidas legais atinentes à matéria em apreço. A três, porque a Comarca de Leme conta com cinco Promotores de Justiça que dividem as atribuições criminais e Infância e Juventude, contando com somente esta magistrada para deliberações judiciais.*

Em que pese o respeito devido ao entendimento firmado, pela decisão, ora impugnada, consideradas ainda os inúmeros encargos e atribuições apontadas pela ilustre magistrada Adriana Barrea, muitas vezes, contando com número diminuto de funcionários, há que se ter presente que a apreciação da conveniência e oportunidade de ser assegurado à mulher em risco de violência doméstica familiar medida protetiva de urgência, constitui ato jurisdicional, que, por conseguinte, não pode ser atribuído ao Ministério Público.

O princípio da inafastabilidade do controle judiciário, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, impede que qualquer violação ao direito subjetivo possa passar sem a apreciação judicial.

Acesso ao Sumário

As medidas protetivas de urgência constantes da Lei 11.340/06 – Lei Maria da Penha, representam, em maior ou menor proporção, restrição a direitos fundamentais, poderes que não podem ser atribuídos a órgão diverso.

Tanto assim que o artigo 22 da Lei 11.340/06 estabelece que:

Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I – suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II – afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III – proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida.

E o artigo 23, da Lei 11.340/06 dispõe:

Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I – encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou atendimento;

II – determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III – determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV – determinar a separação de corpos.

Acesso ao Sumário

A Constituição Federal, ao reafirmar longa tradição brasileira, acolhe o princípio do juiz natural ao dispor: *"Não haverá juízo ou tribunal de exceção (CF, art. 5º, XXXVII) e "Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente" (CF, art. 5º, LIII). "(...) é acertada a afirmação de que o juiz natural, no ordenamento brasileiro, é o órgão constitucionalmente competente, ou seja, aquele cujo poder de julgar derive de fontes constitucionais" (*Grinover, Scarance, Magalhães. *As Nulidades No Processo Penal*, 5ª ed, rev. e amp. SP: Malheiros Editores Ltda, 1996, p. 45).

Ademais, enquanto não implantada a Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar, as varas comuns acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência

doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente (artigo 33, *caput*, da Lei 11.340/06).

Assim sendo, o pedido de aplicação da medida protetiva de urgência, formulado pelo representante do Ministério Público, há que ter a apreciação do juízo *a quo.*

Diante do exposto, por votação unânime, deram provimento ao recurso em sentido estrito.

Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária nº 1001048-45.2017.8.26.0595, da Comarca de Serra Negra, em que é recorrente MM. JUIZ DE DIREITO "EX OFFICIO", são recorridos RODRIGO ARMENTANO JAVARINI, RODRIGO ANTONIO VAZAN, MARCOS ROBERTO VIEIRA, FLAVIO MONTESINOS GODOI JUNIOR, LEONARDO REGIS DOS SANTOS, VALTER MARIO DE SOUZA CARNEIRO, ELIANE APARECIDA DO NASCIMENTO SIQUEIRA, EDUARDO DA SILVA OLIVEIRA, CARLOS FELIPE SANTOS PRETO, DANIEL APARECIDO DOS SANTOS DE FREITAS, FABIO RAMALHO, LUIZ ANTONIO DE ANDRADE NETO, ADILSON ANDRE BELINI, DECIO CARLOS ROCHA, ADRIANO RODOLFO CAZOTTO, ALESSANDRO RODRIGUES, EDSON ALEXANDRE DE VASCONCELLOS, ELIANE APARECIDA DE MORAES, FABIO DONIZETE SANTIAGO, GILVANI CHAVES PINHEIRO, MARCOS ANTONIO CARRASCO LOPES, MARCELO BOCCATO ALVES, MARCELO APARECIDO RODRIGUES, MARCOS AURELIO DE CAMARGO DEL BUONO, MARIA ANGELICA FELIPPE, MAURICIO BOCCATO ALVES, PEDRO HEMRIQUE ANNIBAL DE OLIVEIRA, PEDRO HENRIQUE FORATO VINCENSSUTO, REGINALDO LOPES SOUTO, SILMARCOS TEIXEIRA DE ALMEIDA e JOSE CARLOS MARTINS CRAVO.

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 17.049)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO

RIBAS (Presidente) e ROBERTO PORTO.

São Paulo, 23 de agosto de 2018.

GRASSI NETO, Relator

Ementa: Recurso em *Habeas Corpus* – Reexame necessário de concessão de salvo-conduto, autorizando que os pacientes, guardas municipais de Município com menos de 500.000 habitantes, portem arma de fogo de uso e calibre permitidos, da corporação ou particular, devidamente registrada, tanto em serviço como fora dele, dentro do limite territorial do Município – Alegação de inconstitucionalidade do art. 6º, III e IV, da Lei n. 10.826/2003 – Entendimento.

É correta a concessão de salvo-conduto autorizando guardas municipais a portar de arma de fogo, de uso e calibre permitidos, da corporação ou particular, devidamente registrada, tanto em serviço como fora dele, dentro do limite territorial do Município, desde que os interessados tenham concluído curso de formação e de manuseio, e se submetido a exames psicológicos, treinamento e instrução.

VOTO

Vistos,

Trata-se de reexame necessário da r. decisão de fls. 94/97, na qual a MMª Juíza de Direito da 1ª Vara da Comarca de Serra Negra, Juliana Maria Finati, concedeu a ordem de *habeas corpus* para permitir que os Guardas Municipais da Cidade de Serra Negra possam portar arma de fogo em serviço e também fora do horário de serviço, mediante condições.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso de ofício.

É o Relatório.

Deve prevalecer a concessão do *habeas corpus* ora submetida a reexame necessário por este E. Tribunal.

Por primeiro, é importante deixar registrado que a r. decisão encontra respaldo em entendimento jurisprudencial deste E. Tribunal de Justiça, em decisão proferida pelo C. Órgão Especial no Incidente de Inconstitucionalidade n. 138.395.0/3, de relatoria do eminente Des. Renato Nalini, que reconheceu a inconstitucionalidade do art. 6º, III e IV, da Lei n. 10.826/03, por violação ao

Acesso ao Sumário

princípio da isonomia (art. 5º, I, da CF).

Não existem dúvidas quanto ao fato de a Guarda Municipal não integrar os órgãos que velam diretamente pela ordem pública, uma vez que, consoante dispõe o art. 144, § 8º, da CF/88, sua atividade precípua é voltada à "proteção dos bens, serviços e instalações dos Municípios".

Cumpre observar, portanto, que o poder de polícia constitucionalmente assegurado às Guardas Civis não é pleno, limitando-se, antes, essencialmente ao âmbito de vigilância do patrimônio do Município.

É forçoso reconhecer, contudo, que as Guardas Municipais, ainda que não tenham por função precípua velar pela ordem pública, acabam por colaborar, ainda que indiretamente, com a segurança pública, mormente em cidades pequenas, nas quais a presença da Polícia Militar do Estado se limita a pequenos e inexpressivos contingentes.

Deve-se destacar, ainda, a oportuna edição da Lei n. 13.022, de 08 de agosto de 2014, que passou a atribuir também às Guardas Civis Municipais o dever de "colaborar, de forma integrada com os órgãos de segurança pública, em ações conjuntas que contribuam com a paz social" (art. 5º, IV), bem como a missão de "desenvolver ações de prevenção primária à violência, isoladamente ou em conjunto com os demais órgãos da própria municipalidade, de outros Municípios ou das esferas estadual e federal".

Em razão dessas novas incumbências, o legislador de 2014 passou a destacar dentre as prerrogativas dos integrantes das Guardas Municipais a permissão de portar arma de fogo:

> Art. 16 da Lei n. 13.022/2014: Aos guardas municipais é autorizado o porte de arma de fogo, conforme previsto em lei. Parágrafo único. Suspende-se o direito ao porte de arma de fogo em razão de restrição médica, decisão judicial ou justificativa da adoção da medida pelo respectivo dirigente.

As novas atribuições das Guardas Civis, por mais elástico que o legislador de 2014 tenha procurado ser, certamente não chegam a se confundir com aquelas inerentes às Polícias Militar e Civil estaduais, ou à Polícia Federal; não se pode negar, porém, que acabou lhes sendo atribuído uma pequena parcela do poder de polícia, ainda que limitado à proteção do patrimônio municipal e a ações de cooperação com os órgãos estaduais e federais voltadas à "paz social".

Adequada, pois, a concessão da ordem, para assegurar aos guardas municipais o porte de arma, devidamente registrada, em serviço e também fora dele, desde que seja observado que tal permissão se dá nos limites territoriais do Município de Serra Negra, sendo permitido aludido porte fora dos limites geográficos da cidade somente quando residirem em outro Município e estiverem no percurso de casa para o trabalho e vice-versa, e está condicionada à conclusão do curso de formação e manuseio, exames psicológicos, treinamento

Acesso ao Sumário

e instrução.

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

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0042511-33.2011.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é peticionário ANTENOR DIAS DE SOUZA FILHO.

ACORDAM, em 8º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM AS PRELIMINARES e JULGARAM PARCIALMENTE PROCEDENTE a Revisão Criminal, para readequar as penas de ANTENOR DIAS DE SOUZA FILHO, qualificado nos autos, para 10 (dez) anos, 2 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, por infração aos artigos 121, *caput* e 125, c.c. o 70, *caput*, todos do Código Penal. v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.402)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WILLIAN CAMPOS (Presidente), LEME GARCIA, POÇAS LEITÃO, NEWTON NEVES, OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, GUILHERME DE SOUZA NUCCI, RICARDO SALE JÚNIOR, CLÁUDIO MARQUES e GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI.

São Paulo, 4 de setembro de 2018.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REVISÃO CRIMINAL. Tribunal do Júri. Homicídio. Aborto praticado por terceiro. Artigos 121, *caput* e 125, c.c. o 69, todos do Código Penal. Preliminares. Reconhecimento fotográfico e pessoal do recorrente. Provas realizadas na fase inquisitorial, confirmadas em juízo. Artigo 226, do Código de Processo Penal. Meras recomendações. Inexistência de prejuízo. Réu preso preventivamente não conduzido à audiência em que inquiridas testemunhas de acusação. Audiência realizada em outro Estado

da Federação. Inviabilidade. Outrossim, nulidade relativa, que depende de demonstração de prejuízo e questionamento na primeira oportunidade possível. Deficiência na redação dos quesitos. Necessidade de argüição em momento oportuno. Precedentes. Mérito. Inocorrência de manifesta contrariedade à prova dos autos. Princípio Constitucional da Soberania dos Vereditos. Pena. Circunstâncias judiciais adequadamente analisadas e sopesadas. Necessária aplicação do concurso formal de crimes, ausente comprovação da autonomia dos desígnios. Regra do artigo 70, 1ª parte, do Código Penal. PRELIMINARES REJEITADAS. REVISÃO CRIMINAL JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

VOTO

ANTENOR DIAS DE SOUZA FILHO foi pronunciado, nos autos do processo nº 224.01.2001.058474-7, da 1ª Vara do Júri da Comarca de Guarulhos, como incurso nas sanções dos artigos 121, *caput* e 125, c.c. o 69, todos do Código Penal.

Submetido a julgamento pelo Colendo Tribunal do Júri, em 20 de março de 2007, foi condenado pela prática dos crimes de homicídio simples e aborto provocado praticado por terceiro, à pena de 13 (treze) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado (fls. 307/308v dos autos originários).

A r. sentença transitou em julgado em 26 de março de 2007 (fls. 312 dos autos originários).

Agora, por intermédio da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, ingressa com pedido de revisão, com fundamento no artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal, suscitando, preliminarmente: *i)* nulidade absoluta do processo por irregularidade no reconhecimento pessoal; *ii)* pela ausência de quesito obrigatório; e, *iii)* pela não apresentação do requerente na audiência em que colhido o depoimento das testemunhas ouvidas por carta precatória. No mérito pleiteia, em síntese: *iv)* absolvição pela fragilidade das provas; *v)* fixação da pena-base no mínimo legal; e, *vi)* reconhecimento do concurso formal próprio entre os delitos (fls. 10/39).

Apensados os autos originais e processada a ação, manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pela improcedência do pedido revisional (fls. 41/47).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Não se cogita de nulidade processual por cerceamento de defesa, na medida em que o reconhecimento da vítima com eventual inobservância das formalidades processuais não é causa de nulidade absoluta do ato, se a procedência da ação vem fundada em outros elementos idôneos de prova reunidos sob o crivo do contraditório. Mera e eventual irregularidade não leva à nulidade absoluta como pretende a combativa defesa.

Também não prospera a arguição de nulidade do processo pela não condução do réu preso à audiência de inquirição de testemunhas na Comarca de São Gonçalo do Amarante, Estado do Rio Grande do Norte.

Conforme entendimento pacífico do Colendo Superior Tribunal de Justiça, *O direito de presença aos atos processuais não é indisponível e irrenunciável, de modo que o não comparecimento do acusado em audiência de oitiva de testemunhas não enseja, por si só, declaração de nulidade do ato, sendo necessária a arguição no momento oportuno e a comprovação do prejuízo, nos termos do art. 563 do CPP - pas de nullitte sans grief* (RHC 67150/MA, Rel. Min. Feliz Fischer, Quinta Turma, j. em 21/11/2017).

Analisando-se o depoimento então colhido, não se depreende nenhuma modificação em seu teor que a presença do acusado produziria. Ademais, o custo de remoção do réu, desde a Comarca de Guarulhos, traria ônus financeiro desnecessário aos cofres públicos, mormente porque a presença, apesar de relevante, não se mostrou, no caso, imprescindível.

Outrossim, nos moldes do que preceitua o artigo 563, do Código de Processo Penal, para que fosse reconhecido o vício suscitado, seria imprescindível a demonstração do efetivo prejuízo, o que, como visto, não ocorreu.

Por último, qualquer pedido de nulidade haveria de ser pleiteado até o momento das alegações finais, sob pena de preclusão. E, conforme se observa dos autos, foi tão somente em sede de revisão criminal que o requerente suscitou a presente nulidade.

No que diz respeito à alegada nulidade da quesitação, deveria ter sido feita logo após a leitura dos quesitos e explicação dos critérios pelo Juiz Presidente, o que não ocorreu na espécie.

Acesso ao Sumário

Assim, não havendo impugnação aos quesitos em tempo oportuno, também se opera a preclusão.

Neste sentido:

> *Nos termos do artigo 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal, as nulidades do julgamento em plenário devem ser arguidas logo após a sua ocorrência, sob pena de preclusão. 2. Na espécie, de acordo com a ata da sessão de julgamento, a defesa não se insurgiu contra a ausência de formulação de quesito referente à tese de inimputabilidade do acusado, o que revela a preclusão do exame do tema.* (STJ, RHC 79595/SP, Rel.

Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 26/9/2017).

Diversamente do que alega a defesa, a questão em julgamento não se trata de nulidade absoluta, porquanto eventuais irregularidades atinentes à quesitação ofertada aos jurados caracterizam nulidade relativa, ensejando a sua imediata contestação e a prova do prejuízo para a parte a quem aproveita. 2. Segundo a dicção do art. 484 do Código de Processo Penal, após formular os quesitos o juiz-presidente os lerá, indagando às partes se têm qualquer objeção a fazer, o que deverá constar obrigatoriamente em ata. E, nos termos do art. 571, VIII, do diploma alhures mencionado, as nulidades deverão ser arguidas, no caso de julgamento em Plenário, tão logo ocorram. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no RHC 35866/RJ, Tel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, j. em 3/8/2017).

Rejeitadas as questões preliminares, passo, pois, ao exame do mérito.

Sobreleva dos autos que, no dia 4 de agosto de 2001, por volta das 19h30, no local cujo endereço encontra-se bem descrito nos autos, ANTENOR DIAS DE SOUZA FILHO, vulgo "PEU", juntamente com *José Carlos Bezerra Nere*, com evidente ânimo homicida, mediante de disparos de arma de fogo, matou *Jeane Castilho Santana*, provocando o aborto do feto que gerava, conforme laudo necroscópico de fls. 15/16 dos autos originários.

Contrariamente ao elencado pela defesa, as provas foram regularmente apreciadas pelo Conselho de Sentença, concluindo- se pela condenação, amparada em elementos de convicção produzidos durante a instrução criminal.

A testemunha presencial *Joseneide Sousa Castilho*, tia da vítima, afirmou que *estava na casa quando entraram dois homens tendo a Jane se referido a um deles ter o apelido de PEU; que este se dirigiu a Jane com a expressão: "E aí maluca?" tendo logo em seguida desferido tiros contra a vítima que caiu no chão e nesse momento ainda recebeu mais tiros; que os dois acusados desferiram tiros contra a vítima; que logo em seguida se evadiram do local; que os acusados não tinham nenhuma desavença com a vítima, mas sim com a família do marido desta; que acredita que Jane foi assassinada por vingança e que após o fato ainda ocorreu outro homicídio praticado pelo acusado PEU contra um cunhado da vítima; que reconhece os acusados pelas fotos de fls. 12 e 13 como aqueles que praticaram o homicídio de sua sobrinha.* Indagada pelo Ministério Público, acrescentou*: Que o acusado após a vítima estar no chão, levantou o cabelo da vítima e desferiu mais três tiros no pescoço da mesma* (*sic*, fls. 64/65 e 148/149 dos autos originários).

No mesmo sentido o depoimento das testemunhas *Rosiane da Silva Souza* (fls. 34, *idem*) e *Amaro Inácio Miguel* (fls. 39/40, *idem*), ouvidas apenas na fase inquisitorial.

Acesso ao Sumário

Como se vê, inexiste violação ao artigo 155, do Código de Processo Penal, porque o que a lei veda é o uso de elementos colhidos exclusivamente na fase inquisitorial, hipótese diversa daquela em que os elementos colhidos naquela fase encontram respaldo em outros produzidos sob o crivo do contraditório.

E o caso vertente tem a particularidade do édito condenatório ter sido proferido pelo Tribunal do Júri, razão pela qual a presente decisão necessariamente deverá harmonizar-se com o princípio da soberania dos veredictos, preconizado no artigo 5º, XXXVIII, "c", da Constituição Federal.

Com efeito, a decisão dos juízes de fato "*será contrária à evidência dos autos, quando não se basear na prova colhida no processo*" (REBELO, Heribaldo. *Breves lições de direito judiciário penal*, Rio de Janeiro, Konfino, 1957, v. 2, p. 186).

Se os jurados, ao avaliarem a prova dos autos, por meio de crítica sã e racional, se convencerem acertada e eficazmente da predominância da prova acusatória, votando favoravelmente ao pedido condenatório, não se pode, absolutamente, dizer que a decisão é contrária à evidência dos autos, não obstante haja alguma prova que fortaleça a pretensão absolutória ou outra qualquer em favor do acusado.

Teoricamente, mostra-se cabível o pedido revisional contra decisão emanada do Conselho de Sentença. Contudo, não se admite a mera reavaliação do conjunto probatório, já que isso implicaria em transformar a revisão criminal em recurso de apelação não interposto em tempo e modo hábeis, buscando reabrir uma nova e inadmissível discussão sobre o mérito da causa.

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

Não há como abrigar agravo regimental que não logra desconstituir os fundamentos da decisão atacada. 2. A revisão criminal não é a sede adequada para a reapreciação do conjunto probatório, pela repetição de teses já afastadas por ocasião da condenação definitiva. Sendo assim, não tem cabimento a presença audiência inquirição testemunha RÉU PRESO outro estado federação pretensão de se conferir nova qualificação jurídica aos fatos, com base em suposta ofensa ao art. 621 do Código de Processo Penal, notadamente se a tese defensiva apresentada não se insere nas hipóteses em que se admite revisão criminal, como bem ressaltou o acórdão impugnado. 3. É incontestável que a questão submetida ao Superior Tribunal de Justiça não se limita à valoração das provas dos autos, pois a sua intenção, na realidade, esbarra no óbice da Súmula 7/ STJ. 4. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 234109/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. em 17/3/2015).

Firme o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é inadmissível a utilização do instituto da revisão criminal como um

Acesso ao Sumário

novo recurso de apelação, de forma a propiciar reanálise da prova já existente dos autos. 2. "A fundamentação baseada apenas na fragilidade das provas produzidas não autoriza o e. Tribunal 'a quo' a proferir juízo absolutório, em sede de revisão criminal, pois esta situação não se identifica com o alcance do disposto no art. 621, inciso I do CPP que exige a demonstração de que a condenação não se fundou em uma única prova sequer, daí ser, portanto, contrária à evidencia dos autos" (REsp 988.408/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ 25/8/08). 3. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 14228/MS, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 28/5/2013).

Inocorrendo as hipóteses previstas no art. 621 do CPP, a revisão criminal foi corretamente indeferida, não havendo se falar em violação dos artigos 861 a 866 do CPC, art. 3º do CPP, e 386 e 621, I e III, do Código de Processo Penal. 2. Ademais, eventual revisão das conclusões do Tribunal "a quo" seria de todo inviável na presente via recursal, por demandar o reexame do conjunto fático-probatório, incidindo, na espécie, o Enunciado n. 7 da Súmula/STJ. 3. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 182.175/RJ, Rel. Min. Campos Marques, Quinta Turma, j. em 21/2/2013).

Na mesma senda, precedentes deste Colendo 8º Grupo de Câmaras de Direito Criminal:

TRÁFICO DE DROGAS e ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. Pretendido reconhecimento da contrariedade da decisão com as provas dos autos. Impossibilidade de utilização de revisão criminal para o reexame geral do conjunto probatório. Mera reiteração da versão defensiva que foi rejeitada pelo Magistrado de primeiro grau e pela Turma que julgou improcedente o apelo. Apelante surpreendido com os corréus em estabelecimento comercial de fachada onde havia quase 4,5kg de cocaína e 3kg de maconha, além de grande quantidade de produtos químicos utilizados no beneficiamento dessas substâncias, balanças, frascos e embalagens. Condenação compatível com as provas dos autos. Pedido indeferido. (Revisão Criminal nº 0011762-57.2016.8.26.0000, Rel. Des. Otávio de Almeida Toledo; j. em 23/11/2017).

REVISÃO CRIMINAL - REEXAME DE PROVAS - PEDIDO NÃO ENQUADRÁVEL NAS HIPÓTESES DO ARTIGO 621 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - INDEFERIMENTO - Indefere-se a revisão criminal que tem por escopo o reexame de provas constantes nos autos. (Revisão Criminal nº0055434-18.2016.8.26.0000, Rel. Des. Willian Campos, j. em 23/11/2017).

REVISÃO CRIMINAL. Extorsão mediante sequestro qualificada

Acesso ao Sumário

pela duração, superior a 24 horas. Decisão contrária à evidência dos autos. Inocorrência. Condenação em plena consonância com o conjunto probatório. Revisão criminal que busca reexame da prova. Impossibilidade, sob pena de se revelar nova apelação. Pena e regime bem fixados e fundamentados. Indeferimento do pedido. (Revisão Criminal nº 0069864-77.2013.8.26.0000, Rel. Des. Leme Garcia, j. em 23/11/2017).

Revisão Criminal - Reavaliação do conjunto probatório autorizador da condenação - Inexistência de novas provas - A revisão criminal não se presta ao papel de reavaliar as provas que foram amealhadas durante a instrução criminal Pleito subsidiário - Não acolhimento - Pena e regime corretamente dosados - Revisão criminal indeferida. (Revisão Criminal nº 0037780-57.2012.8.26.0000, Rel. Des. Osni Pereira, j. em 23/11/2017).

Revisão Criminal. Tráfico. Contrariedade à evidência dos autos. Pedido de absolvição. Impossibilidade. Mera intenção de reexame dos fatos. Conjunto fático exaustivamente enfrentando. Peticionário preso em flagrante por trazer consigo a quantia de 21,05 gramas de cocaína (15 porções) e 2,22 gramas de crack (10 pedras). Autoria e materialidade configuradas. Inexistência de fatos supervenientes a justificar reanálise do conjunto probatório. Mérito mantido. Apenado com antecedentes. Penas bem dosadas. Improcedência. (Revisão Criminal nº 0024918-49.2015.8.26.0000, Rel. Des. Guilherme de Souza Nucci, j. em 7/2/2017).

As penas, entretanto, comportam pequeno reparo.

Sustenta a defesa, violação à Súmula 444, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, uma vez que seus antecedentes foram considerados negativos mesmo não havendo condenação definitiva.

É consabido que a alteração de jurisprudência, via de regra, não traduz hipótese de procedência da revisão criminal, porquanto não se está diante de decisão contrária a texto expresso de lei, e, por consequência, de erro judiciário, hipótese apta a justificar o levantamento da imutabilidade da coisa julgada.

AGRAVOS REGIMENTAIS. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FALTA DE CABIMENTO. REVISÃO CRIMINAL. EXASPERAÇÃO NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA DA PENA. SÚMULAS 444/STJ E 443/STJ. JURISPRUDÊNCIA CONTROVERTIDA. DESCABIMENTO DA REVISIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a mudança de entendimento jurisprudencial não autoriza o ajuizamento de revisão criminal. 2. Agravos regimentais improvidos.

"Com relação ao pleito de afastamento da valoração negativa da conduta social do réu, com base em ações penais em curso, observa-se que, ao

Acesso ao Sumário

tempo do trânsito em julgado 6/12/2005, a súmula 444/STJ ainda não havia sido editada e a decisão apresentava-se em plena consonância com a jurisprudência dominante à época. Considerando que a discussão da matéria sob este específico viés só veio a ser debatida no Tribunal de origem por ocasião do julgamento de revisão criminal, não se verifica o alegado constrangimento ilegal, porquanto entende esta Corte, no mesmo sentido do acórdão impugnado, que a mudança de entendimento jurisprudencial não autoriza o ajuizamento de revisão criminal." (AgInt no HC 373.928/SC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. em 2/2/2017, DJe 09/02/2017).

(...) No que concerne à alegada violação à súmula 444 do STJ, observo que à época do trânsito em julgado - 17 de junho de 2009, cf. fl. 39, o referido verbete sumular ainda não havia sido editado (DJe 13/05/2010) e a jurisprudência então corrente admitia a valoração de inquéritos policiais e ações penais em curso como circunstâncias judiciais hábeis a majorar, legitimamente, a pena-base. Desta feita, inexiste ilegalidade em sentença que, em consonância com corrente jurisprudencial fortemente seguida na época em que foi prolatada (e na data do trânsito em julgado), valorava ações penais em curso como maus antecedentes (...) (HC n. 209.883/PE, Min. Gurgel de Faria, p. 18/5/2015).

Este Superior Tribunal de Justiça possui entendimento remansoso de que "o art. 621, inciso I, do Código de Processo Penal, determina que caberá revisão criminal 'quando a sentença condenatória for contrária a texto expresso da lei', o que não pode ser confundido com mudança de orientação jurisprudencial a respeito da interpretação de determinado dispositivo legal. (REsp 706.042/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ 07/11/2005).

Nota-se que, na hipótese, a condenação do requerente transitou em julgado em 26/3/2007, ou seja, anteriormente ao entendimento sufragado pela Súmula 444, do Colendo Superior Tribunal de Justiça (DJe 13/05/2010).

A revisão criminal não pode servir para aplicação de posicionamento decorrente de posterior alteração jurisprudencial. Ao tempo da sentença, bem como seu trânsito em julgado, a valoração negativa de inquéritos policiais e ações penais em curso para majorar a pena-base era plenamente admitida pela jurisprudência.

Mas ainda que assim não fosse, o requerente, de acordo com o novo posicionamento jurisprudencial, era, de fato, era portador de maus antecedentes à época dos fatos, conforme se verifica da certidão juntada à fls. 254 dos autos originários, já *que a condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior à data do ilícito penal,*

Acesso ao Sumário

ainda que não configure a agravante da reincidência, pode caracterizar maus antecedentes (HC 370375/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 20/10/2016). No mesmo sentido: HC 361233/RJ, Rel. Ministro Ribeiro Santas, Quinta Turma, j. em 27/9/2016; HC 349015/SC, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 26/4/2016; AgRg no AREsp 723424/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 14/3/2016; AgRg no AREsp 808841/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. em 15/12/2015).

Desse modo, não se verifica contrariedade expressa ao texto de lei ou erro judiciário, mas sim situação de discricionariedade em relação aos critérios adotados pelo magistrado para aplicar, dentro das regras legais, o quantum de aumento da reprimenda pelas circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal.

Pode-se discordar dos parâmetros utilizados pelo juízo singular, mas não há como considerar a dosimetria teratológica ou manifestamente contrária às circunstâncias do caso concreto.

Por outro lado, não há prova de que o requerente tivesse conhecimento da gravidez da vítima e tenha, assim, dolosamente, praticado o aborto. Cumpre referir que tal fato somente veio aos autos pelo exame necroscópico. Nenhuma testemunha lhe faz referência.

Assim, não há como considerar a existência de desígnios autônomos, devendo ser afastado o concurso material em detrimento do formal.

E, sendo inquestionavelmente mais grave o crime de homicídio, cuja pena foi fixada em 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, acresço à sanção a fração de 1/6 (um sexto), tendo em vista a quantidade de crimes (dois), perfazendo, em definitivo 10 (dez) anos, 2 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

Não obstante o novo montante da pena, mantém-se o regime fechado e os demais comandos da r. sentença.

Ante o exposto, **REJEITO AS PRELIMINARES** e **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** a Revisão Criminal, para readequar as penas de ANTENOR DIAS DE SOUZA FILHO, qualificado nos autos, para 10 (dez) anos, 2 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, por infração aos artigos 121, *caput* e 125, c.c. o 70, *caput*, todos do Código Penal.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2203210-51.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CUBATÃO e PREFEITO MUNICIPAL DE CUBATÃO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM RESSALVA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.404)**

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, DAMIÃO COGAN, EUVALDO CHAIB, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, SÉRGIO RUI e SALLES ROSSI.

São Paulo, 5 de setembro de 2018.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigo 3º e §§ 1º, 2º e 3º, da Lei Complementar nº 85, de 21 de dezembro de 2016, do Município de Cubatão – Servidor público – Remuneração – Vantagem pecuniária – Ofensa aos princípios da moralidade, razoabilidade, finalidade e interesse público – Vantagem instituída genericamente, em substituição, para todos os servidores que possuíam a "gratificação por nível universitário", declarada inconstitucional por este Colendo Órgão Especial (ADI nº 2111900-95.2016.8.26.0000) – Não

Acesso ao Sumário

atendimento ao interesse público e às exigências do serviço – Vedação constitucional – Violação aos artigos 111 e 128, da Constituição Estadual.

Irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé, diante da natureza alimentar.

Pedido procedente, com ressalva.

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo visando ao reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 3º e §§ 1º, 2º e 3º, da Lei Complementar nº 85, de 21 de dezembro de 2016, do Município de Cubatão, que "recompõe o padrão de vencimento das carreiras de escolaridade superior, das classes de docentes e de suporte pedagógico e dá outras providências", porque segundo ele, viola o disposto nos artigos 111 e 128, da Constituição do Estado de São Paulo. Aduz, ainda, que os dispositivos impugnados, nada obstante a decisão proferida na ADI nº 2111900-95.2016.8.26.0000, revigorou sob a denominação de "vantagem pessoal", gratificações consideradas inconstitucionais pelo Colendo Órgão Especial deste Eg. Tribunal de Justiça, não tendo o acréscimo pecuniário *ex facto officci* relação com o desempenho de funções especiais. Requer o recebimento e processamento da ação para que, ao final, seja declarada a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados.

Processado sem liminar (fl. 265/268).

A Procuradoria Geral do Estado, citada, mostrou desinteresse em realizar a defesa dos dispositivos impugnados (fl. 279/280).

O Prefeito Municipal de Cubatão prestou informações a fl. 282/300, arguindo em preliminar ausência de impugnação específica da matéria, e no mérito, defendeu a constitucionalidade do dispositivo legal questionado. O Presidente da Câmara Municipal deixou transcorrer *in albis* o prazo para prestar informações (Cf. certidão de fl. 301).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 304/311, opinou pela procedência do pedido.

Manifestação do Prefeito do Município de Cubatão, arguindo a nulidade da intimação do Presidente da Câmara Municipal de Cubatão (fl. 316/317).

Indeferimento da intervenção do Sindicato dos Professores Municipais de Cubatão e do Sindicato dos Professores do Ensino Oficial do Estado de São Paulo como *amicus curiae* (fl. 486/490).

Determinada nova intimação do Presidente da Câmara Municipal de Cubatão (fl. 322), o mesmo prestou informações a fl. 495/498.

Manifestação da douta Procuradoria Geral de Justiça reiterando o parecer de fl. 304/311 (fl. 504).

2. É o relatório.

A preliminar arguida pelo Prefeito do Município de Cubatão confunde-se com o mérito e com ele será analisada.

Dispõe a Lei Complementar nº 85, de 21 de dezembro de 2016, do Município de Cubatão:

> "Art. 1º – Fica recomposta no percentual de 30% (trinta por cento) incidente no padrão de vencimento, as cinco classes nas carreiras de escolaridade superior constantes na tabela VI da Lei nº 1.986/1991, assim como, as classes de docentes e suporte pedagógico, constantes do inciso I, alíneas 'd', 'e' e 'f', inciso II, do artigo 6º da Lei Complementar nº 22/2004.
>
> Parágrafo único – Para fins de cumprimento ao disposto neste artigo, o Poder Público procederá à atualização da referida tabela.
>
> Art. 2º – As funções gratificadas de Chefe de Serviço, Chefe de Divisão, Supervisor e Coordenador passam a integrar o Anexo I da Lei Municipal nº 3.562, de 03 de dezembro de 2012, doravante denominada 'Quadro das funções gratificadas e dos cargos em comissão de livre provimento e exoneração'.
>
> (...)
>
> **Art. 3º – Fica assegurado, para todos os servidores, a título de vantagem pessoal, para todos os fins, a diferença oriunda dos vencimentos percebidos no mês de outubro de 2016, excluídas as verbas de caráter variável e/ou temporária, e os vencimentos oriundos da aplicação da presente Lei.**
>
> **§ 1º – A vantagem pessoal prevista no *caput* deste artigo terá seu valor desvinculado do padrão de vencimento, sujeitando-se, tão-somente, às revisões gerais de remuneração.**
>
> **§ 2º – Os vencimentos calculados de acordo com a recomposição prevista no artigo 1º da presente lei, acrescida da vantagem pessoal prevista no *caput* do artigo 3º, não poderão exceder aos vencimentos percebidos pelo servidor no mês de outubro de 2016, salvo se, oriundas de anuênio, sexta-parte e incorporação de chefia, adquiridas a partir de 1º de novembro de 2016.**
>
> **§ 3º – As gratificações que tenham como base de cálculo o padrão de vencimento do cargo de investidura do servidor deverão ser calculadas levando-se em consideração o valor de R$ 1.908,50 (um mil, novecentos e oito reais e cinquenta centavos), assim como àquelas que tenham por base de cálculo o padrão básico de vencimento do servidor, deverão ser calculadas sobre o padrão básico de vencimento do servidor em outubro de 2016, as quais serão reajustadas na mesma proporção e na mesma data em que se**

Acesso ao Sumário

reajustar a remuneração dos servidores.

Art. 4º – Fica recomposta no percentual de 30% (trinta por cento) incidente no padrão de vencimento dos cargos de Chefe da Procuradoria Jurídica, Procurador, Chefes de Departamentos, Chefes de Setores, Assistente Social, Médico, Enfermeiro, Dentista, Assessor Jurídico e Assessor Técnico, constantes do Anexo I das Tabelas I, II e III da Lei nº 3.098, de 29 de junho de 2006.

Parágrafo único – Para fins de cumprimento ao disposto neste artigo, a Caixa de Previdência dos Servidores Públicos Municipais de Cubatão procederá à atualização da referida tabela.

Art. 5º – Revogam-se as disposições em contrário, especialmente, o artigo 41 da Lei nº 3.562, de 03 de dezembro de 2012.

Art. 6º – Esta lei entra em vigor na data da sua publicação, retroagindo os efeitos a 1º de novembro de 2016." (g.n.)

Cumpre esclarecer que gratificações, para Diógenes Gasparini, são **"vantagens de ordem pecuniária outorgadas aos servidores públicos que desempenham serviços comuns em condições incomuns ou anormais de segurança, salubridade ou onerosidade, ou concedidas a título de ajuda em face de certos encargos pessoais" (...) "São acréscimos remuneratórios que se justificam nos fatos e situações de interesse da Administração Pública e do servidor"** (*in* "Direito Administrativo", Saraiva, 13. ed., p. 232/233).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto refere-se às gratificações como um dos dois tipos de vantagens (o outro seriam os adicionais), subdividindo-as em **"gratificações de serviço, para compensar serviços prestados em condições anormais de segurança, salubridade ou onerosidade, e gratificações pessoais, concedidas para atender os servidores que estão em situações individuais especiais, assim por lei consideradas."** (*in* "Curso de Direito Administrativo", Ed. Forense, 12. ed., p. 307).

Na espécie, a norma não fixou critérios objetivos ou fundamentos para a concessão da "vantagem pessoal"; mas o fez de modo genérico, sem descrever ou justificar a adoção do benefício, com o intuito de beneficiar servidor ou grupo de servidores – que recebiam gratificação por diploma universitário, nos termos do artigo 6º, *caput* e §§ 1º a 4º da Lei Municipal nº 2.037/1992, declarado inconstitucional por este Colendo Órgão Especial no julgamento da ADI nº 2111900-95.2016.8.26.0000 –, a fim de lhes majorar a remuneração, em clara ofensa aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, razoabilidade e interesse público, previstos no artigo 111, da Constituição Bandeirante.

De outro lado, importante ressaltar que se não há uma razão peculiar, além do simples exercício da própria função inerente ao cargo, não se justifica a instituição, mediante lei, de vantagem pessoal na forma de adicional ou gratificação.

Acesso ao Sumário

Com efeito, a Constituição Bandeirante condiciona a criação de vantagens pecuniárias à observância ao efetivo atendimento ao interesse público e as exigências do serviço (CF. artigo 128).

Como bem aduziu o d. Subprocurador-Geral de Justiça em seu parecer de fl. 304/311, **"a 'vantagem pessoal' instituída pela Lei Complementar nº 85/2016 veio em substituição a 'gratificação por nível universitário', declarada inconstitucional na ADI nº 2111900-95.2016.8.26.0000, e cujo conteúdo é dotado de idênticos vícios que levaram a declaração de inconstitucionalidade desta".**

A propósito, julgados deste Colendo Órgão Especial:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – INCISO IV DO ARTIGO 91, DA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL DE TAUBATÉ/SP, QUE INSTITUI AOS SERVIDORES MUNICIPAIS "GRATIFICAÇÃO DE NÍVEL UNIVERSITÁRIO CORRESPONDENTE A QUARENTA POR CENTO DOS VENCIMENTOS PARA OS CARGOS E EMPREGOS QUE EXIJAM A FORMAÇÃO DE NÍVEL UNIVERSITÁRIO, E QUE TENHA O SERVIDOR ESSA FORMAÇÃO" – VIOLAÇÃO AOS PARÂMETROS INSCULPIDOS NO ART. 128, DA CONSTITUIÇÃO PAULISTA, PARA FIXAÇÃO DE VANTAGENS DE QUALQUER NATUREZA A SERVIDOR PÚBLICO – AUSÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO – GRATIFICAÇÃO DE QUALIFICAÇÃO POR TITULAÇÃO EM ENSINO SUPERIOR DIRECIONADA APENAS AOS CARGOS CUJO PROVIMENTO EXIGE, JUSTAMENTE, O PREENCHIMENTO DESTE REQUISITO – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, RAZOABILIDADE E EFICIÊNCIA, EXPRESSOS NO ARTIGO 111 DA CARTA BANDEIRANTE – IRREPETIBILIDADE DAS PARCELAS PAGAS ATÉ A DATA DESTE JULGAMENTO – PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E SEGURANÇA JURÍDICA – PEDIDO INICIAL PROCEDENTE, COM OBSERVAÇÕES." (ADI nº 2021354-57.2017.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Casconi, j. 7/6/2017).

"EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Art. 67 da Lei Complementar n. 4.314, de 03 de fevereiro de 2016 e, por arrastamento, art. 59 da Lei 2.924, de 19 de dezembro de 1997, ambas do Município de Taquaritinga (o primeiro, ao dispor sobre a incorporação das gratificações de representação criadas pelo art. 59 que, por seu turno, autoriza o Chefe do Poder Executivo atribuir gratificação de representação aos servidores 'sempre que julgar necessário') – Inconstitucionalidade, por ausência de critérios efetivos em sua criação – Afronta aos princípios da legalidade,

Acesso ao Sumário

moralidade, impessoalidade, razoabilidade e interesse público – Adoção do princípio da reserva de lei – Afronta aos artigos 5º, 24, § 2º, 111 e 128, da Constituição Estadual – Cuida-se, ainda, de indiscriminado e disfarçado 'reajuste', alheio aos parâmetros que regem o interesse público – Precedentes – Incorporação das gratificações ao salário dos servidores que, por seu turno, afronta os princípios da razoabilidade e moralidade, já que não atende a nenhuma necessidade da Administração Pública, mostrando-se desproporcional (além da inexistência de qualquer contraprestação para justificar essa incorporação) – Ação procedente." (ADI nº 2003616-56.2017.8.26.0000, Rel. Des. Salles Rossi, j. 21/06/2017).

Portanto, flagrante a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, por afronta aos artigos 111 e 128, da Constituição do Estado de São Paulo.

Assim, conclui-se que, declarada a inconstitucionalidade dos dispositivos combatidos, com efeito retroativo (*ex tunc*), não há cogitar da devolução de valores já percebidos pelos servidores, diante da natureza alimentar do benefício, que impede a repetição de valores recebidos de boa-fé.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, julgo procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do artigo 3º, §§ 1º, 2º e 3º, da Lei Complementar nº 85, de 21 de dezembro de 2016, do Município de Cubatão, com ressalva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2139944-27.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e PREFEITO MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "EM RETRATAÇÃO, JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE, EM MAIOR EXTENSÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.468)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), 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, DAMIÃO COGAN, EUVALDO CHAIB,

ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES e PÉRICLES PIZA.

São Paulo, 12 de setembro de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Adequação (art. 1.040, II, do CPC). Tema nº 612.

Decisão do Colendo STF no RE nº 658.026/MG, em sede de repercussão geral, firmando o seguinte entendimento: a) Prevalece a regra da obrigatoriedade do concurso público nos termos previstos na Carta Magna (art. 37, inciso II, CF) e devem ser interpretados restritivamente; b) Para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: b.1) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b.2) o prazo de contratação seja predeterminado; b.3) a necessidade seja temporária; b.4) o interesse público seja excepcional; b.5) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração.

Ação direta de inconstitucionalidade tendo por objeto, além de outros dispositivos, a alínea 'a' do § 1º do art. 3º da Lei nº 10.793, de 21.12.89, permitindo a prorrogação de contratação temporária na hipótese de existência de obstáculo judicial para a realização de concurso. V. aresto julgando, nessa parte, a ação improcedente. Retratação que se impõe. Ausência de determinação do prazo de prorrogação do contrato implica em inequívoca ofensa ao disposto no art. 115, X da Constituição Estadual.

Alteração do julgado, para julgar procedente, em parte, a ação, em maior extensão.

VOTO

1. Trata-se de **acórdãos** deste **Eg. Órgão Especial**, julgando procedente, em parte, **ação direta de inconstitucionalidade** (fls. 01/15) para declarar

Acesso ao Sumário

inconstitucional os **incisos IV e VI do art. 2º da Lei nº 10.793, de 21.12.89** e **art. 3º da Lei nº 13.261, de 28.12.01**, do município de São Paulo, que versavam sobre hipóteses de contratação de pessoal por tempo determinado. Acolhidos, em parte, (fls. 290/293) **embargos declaratórios** do Prefeito Municipal (fls. 267/275) para modular os efeitos da decisão e rejeitados (fls. 329/334) os do Presidente da Câmara Municipal (fls. 298/310) e os (fls. 364/366) da Fazenda do Estado de São Paulo (fls. 339/344).

Interposto Recurso Extraordinário pelo Procurador Geral de Justiça (fls. 244/265), os autos foram devolvidos para o cumprimento do art. 1.040, II do CPC (fls. 535/538).

É o relatório.

2. Reformo, em parte, a decisão.

A **Suprema Corte** reconheceu a **repercussão geral** da questão – constitucionalidade de lei municipal que dispõe sobre as hipóteses de contratação temporária servidores públicos – e nos autos do **RE nº 658.026/MG (Tema 612)** proferiu a seguinte decisão:

> *"Ementa. Recurso extraordinário.* ***Repercussão geral reconhecida****. Ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face de trecho da Constituição do Estado de Minas Gerais que repete texto da Constituição Federal. Recurso processado pela Corte Suprema, que dele conheceu. Contratação temporária por tempo determinado para atendimento à necessidade temporária de excepcional interesse público. Previsão em lei municipal de atividades ordinárias e regulares. Definição dos conteúdos jurídicos do art. 37, incisos II e IX, da Constituição Federal. Descumprimento dos requisitos constitucionais. Recurso provido. Declarada a inconstitucionalidade da norma municipal. Modulação dos efeitos. 1. O assunto corresponde ao Tema nº 612 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na internet e trata, 'à luz dos incisos II e IX do art. 37 da Constituição Federal, [d]a constitucionalidade de lei municipal que dispõe sobre as hipóteses de contratação temporária de servidores públicos'.* ***2. Prevalência da regra da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, inciso II, CF). As regras que restringem o cumprimento desse dispositivo estão previstas na Constituição Federal e devem ser interpretadas restritivamente. 3. O conteúdo jurídico do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal pode ser resumido, ratificando-se, dessa forma, o entendimento da Corte Suprema de que, para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável,***

sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração. *4. É inconstitucional a lei municipal em comento, eis que a norma não respeitou a Constituição Federal. A imposição constitucional da obrigatoriedade do concurso público é peremptória e tem como objetivo resguardar o cumprimento de princípios constitucionais, dentre eles, os da impessoalidade, da igualdade e da eficiência. Deve-se, como em outras hipóteses de reconhecimento da existência do vício da inconstitucionalidade, proceder à correção da norma, a fim de atender ao que dispõe a Constituição Federal. 5. Há que se garantir a instituição do que os franceses denominam de la culture de gestion, a cultura de gestão (terminologia atualmente ampliada para 'cultura de gestão estratégica') que consiste na interiorização de um vetor do progresso, com uma apreensão clara do que é normal, ordinário, e na concepção de que os atos de administração devem ter a pretensão de ampliar as potencialidades administrativas, visando à eficácia e à transformação positiva. 6. Dá-se provimento ao recurso extraordinário para o fim de julgar procedente a ação e declarar a inconstitucionalidade do art. 192, inciso III, da Lei nº 509/1999 do Município de Bertópolis/MG, aplicando-se à espécie o efeito ex nunc, a fim de garantir o cumprimento do princípio da segurança jurídica e o atendimento do excepcional interesse social."* (grifei – RE 658.026/MG – j. de 09.04.14 – Rel. Min. **DIAS TOFFOLI**).

V. acórdão decidindo a ação direta de inconstitucionalidade assim se pronunciou:

*"A **alínea 'a' do § 1º do art. 3º da Lei nº 10.793, de 21.12.89**, ressalva a possibilidade de prorrogação do contrato se 'houver obstáculo judicial para a realização de concurso.'."*

*"Acompanhando o i. Relator, entendendo **ausente** o vício de inconstitucionalidade nesse ponto."*

*"Como bem observou o i. Des. **MÁRCIO BARTOLI**:"*

"'Em consonância com o entendimento do Relator Sorteado, tampouco reputo inconstitucional a alínea 'a' do § 1º do artigo 3º, da Lei nº 10.793/1989, que estipula a possibilidade de prorrogação do contrato por tempo determinado, quando 'houver obstáculo judicial para a realização de concurso'. Se há decisão judicial impeditiva da realização de concurso público, mostra-se razoável a autorização legal para a prorrogação do contrato temporário, em casos taxativos, ressalta-se, de excepcional interesse público. Além de ser decorrência lógica do texto legal a possibilidade de prorrogação apenas enquanto durar o obstáculo judicial, existe um elemento externo que inviabiliza a realização da

Acesso ao Sumário

vedação, prevista na própria lei, de prorrogação do contrato temporário. Assim, não há que se falar em ofensa aos princípios do interesse público, moralidade, finalidade e eficiência.'"

"Mais não é preciso acrescentar." (fls. 228/229).

Em cumprimento ao **art. 1.040, inciso II do CPC**, compete agora a este **C. Órgão Especial** eventual retratação ou a manutenção da decisão recorrida.

É caso de **retratar, em parte,** o julgado.

A alínea 'a', do § 1º do art. 3º da Lei nº 10.793, de 21.12.89, está assim redigida:

"Art. 3º. As contratações serão feitas pelo prazo estritamente necessário para atender as hipóteses elencadas no artigo anterior, observado o prazo máximo de 12 (doze) meses." (nova redação dada pelo art. 1º da Lei nº 13.261, de 28.12.01).

"§ 1º – É vedada a prorrogação de contrato, salvo se:"

"a) houver obstáculo judicial para a realização de concurso." (fl. 36).

Pois bem.

Impõe-se adotar a orientação do **Eg. Supremo Tribunal Federal**, no julgamento do **RE nº 658.026/MG (Tema 612)**, como acima reproduzido, para **afastar** entendimento de compatibilidade entre a alínea 'a', do § 1º, do art. 3º da Lei nº 10.793, de 21.12.89 e as normas constitucionais.

Norma, ao possibilitar a prorrogação contratual, ainda que em hipóteses de impossibilidade de realização de concurso público por força de ordem judicial, **sem**, no entanto, **determinar o prazo** dessa ampliação, afronta inequivocamente **inciso X do art. 115 da Constituição Bandeirante** (*"X – a lei estabelecerá os casos de contratação temporária por **prazo determinado**, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;"* – grifei)

Confira-se, nesse sentido, precedente da **Suprema Corte**:

"CONSTITUCIONAL. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDORES (ART. 37, IX, CF). LEI COMPLEMENTAR 12/1992 DO ESTADO DO MATO GROSSO. INCONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO DE EFEITOS. 1. A Constituição Federal é intransigente em relação ao princípio do concurso público como requisito para o provimento de cargos públicos (art. 37, II, da CF). A exceção prevista no inciso IX do art. 37 da CF deve ser interpretada restritivamente, cabendo ao legislador infraconstitucional a observância dos requisitos da reserva legal, da atualidade do excepcional interesse público justificador da contratação temporária e da temporariedade e precariedade dos vínculos contratuais. 2. A Lei Complementar 12/1992 do Estado do Mato Grosso

Acesso ao Sumário

valeu-se de termos vagos e indeterminados para deixar ao livre arbítrio do administrador a indicação da presença de excepcional interesse publico sobre virtualmente qualquer atividade, ***admitindo ainda a prorrogação dos vínculos temporários por tempo indeterminado, em franca violação ao art. 37, IX, da CF****. 3. Ação direta julgada procedente, para declarar inconstitucional o art. 264, inciso VI e § 1º, parte final, da Lei Complementar 4/90, ambos com redação conferida pela LC 12/92, com efeitos ex nunc, preservados os contratos em vigor que tenham sido celebrados exclusivamente com fundamento nos referidos dispositivos, por um prazo máximo de até 12 (doze) meses da publicação da ata deste julgamento."* (grifei – ADI nº 3662/MT – DJ-e de 25.04.18 – Rel. p. acórdão Min. **ALEXANDRE DE MORAES**).

Assim, presente o vício de inconstitucionalidade, invalida-se também a **alínea 'a', do § 1º do art. 3º da Lei nº 10.793, de 21.12.89**, por afronta ao **art. 115, inciso X da Constituição Estadual**.

No âmbito da retratação, julgo procedente, em parte, a ação, em maior extensão.

3. Em retratação, julgo procedente, em parte, a ação, em maior extensão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2078628-42.2018.8.26.0000, 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 FRANCA e PREFEITO MUNICIPAL DE FRANCA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM EFEITO 'EX TUNC' E COM RESSALVA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.057)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), 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, DAMIÃO COGAN, EUVALDO CHAIB, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES,

Acesso ao Sumário

PÉRICLES PIZA e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 12 de setembro de 2018.

MÁRCIO BARTOLI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL. PREVISÃO DE CARGOS POR PROVIMENTO EM COMISSÃO.

NORMA QUE DEIXOU DE ESTABELECER AS ATRIBUIÇÕES E RESPONSABILIDADES DOS CARGOS, BEM COMO OS REQUISITOS PARA NOMEAÇÃO, INVIABILIZANDO A ANÁLISE DE SUA CRIAÇÃO EM CONFORMIDADE COM OS PERMISSIVOS CONSTITUCIONAIS. OFENSA AO ARTIGO 115, INCISOS I, II E V DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO E ARTIGO 37, INCISOS II E V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

PEDIDO JULGADO PROCEDENTE.

VOTO

1. Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça, impugnando os cargos de provimento em comissão *"Gerente de Serviço"* e *"Chefe de Setor"* insertos na Tabela III da Lei Complementar nº 105, de 22 de setembro de 2006, do Município de Franca, que *"dispõe sobre o Plano de Classificação de Empregos Públicos da FEAC – Fundação Esporte, Arte e Cultura, institui Tabela de Vencimentos e dá outras providências"*.

Afirma o requerente ter a normativa em comento criado os cargos de provimento em comissão de *"Gerente de Serviço"* e *"Chefe de Setor"*, no âmbito da *FEAC – Fundação Esporte, Arte e Cultura*, sem, contudo, descrever suas atribuições. Pontua que a criação de cargos de provimento em comissão não pode ser desarrazoada, artificial, abusiva ou desproporcional. Assim, assevera, é absolutamente imprescindível que a lei descreva as efetivas atribuições dos cargos de provimento em comissão, a fim de viabilizar a análise de compatibilidade dessas com as funções de assessoramento, chefia e direção. Sustenta a inobservância, pela normativa municipal, do quanto disposto nos artigos 111, 115, II e V, e 144, da Constituição Estadual. Os documentos de fls. 12/116 instruem a inicial.

2. **O pedido há que ser julgado procedente.**

Acesso ao Sumário

Com efeito, verifica-se que a Lei Complementar nº 105, de 22 de setembro de 2006, criou os cargos de *"Gerente de Serviço"* e *"Chefe de Setor"*, de provimento em comissão, sem que, contudo, descrevesse no texto legal ou em dispositivo anexo, quer as funções a ser desempenhadas pelos ocupantes dos cargos, quer os requisitos legais para a nomeação.

Trata-se de técnica legislativa que inviabiliza a análise da adequação da criação de cargos públicos comissionados, vez que, conforme determinam a Constituição Bandeirante (artigo 155, incisos II e V) e a Constituição Federal (artigo 37, incisos II e V), esta modalidade de provimento seria excepcional no poder público, e admissível apenas para cargos que pressuponham a existência de um vínculo de confiança entre nomeador e nomeado.

É imprescindível, portanto, para que se crie cargo nesta modalidade de provimento excepcional, que se demonstre tratar-se de função que se subsome às hipóteses constitucionalmente permitidas, quais sejam, de cargos de *chefia, direção ou assessoramento*.

No caso em tela, embora a legislação questionada tenha dado aos cargos as denominações de "Chefe" e "Gerente", essas nomenclaturas não suprem, por si, os requisitos constitucionais que legitimam a criação de cargos comissionados.

Não havendo, assim, quer (i) comprovação da natureza de chefia, direção ou assessoramento dos cargos criados, por omissão legislativa no tocante à descrição das atribuições e responsabilidades conferidas a seus ocupantes; quer (ii) a necessidade de que os nomeados sejam pessoas de confiança da autoridade nomeadora, alinhadas com suas concepções de políticas públicas a serem implementadas ou com suas diretivas de chefia e administração; é caso em que a criação em modalidade de provimento comissionado se deu em ofensa aos preceitos constitucionais discutidos.

Logo, há que se reconhecer a inconstitucionalidade da criação dos cargos de "Gerente de Serviço" e "Chefe de Setor", previstos na Tabela III da Lei Complementar nº 105, de 22 de setembro de 2006, do Município de Franca.

3. Nos termos do artigo 27 da Lei 9.868/99, deverá esta decisão produzir efeitos *ex tunc*, impedindo-se, unicamente, a repetição dos valores recebidos pelos servidores ocupantes de cargos que porventura sejam extintos ou reconduzidos a sua situação anterior, por razões de segurança jurídica.

Observa-se, contudo, que tal modulação não significa manutenção dos servidores nos cargos objeto desta ação, dada a impossibilidade de preservação de situação criada por norma cuja violação à Constituição Estadual é ora declarada.

4. Ante o exposto, por este voto, **julga-se procedente o pedido** para declarar a inconstitucionalidade das previsões dos cargos provimento em

Acesso ao Sumário

comissão de "Gerente de Serviço" e "Chefe de Setor", previstos na Tabela III da Lei Complementar nº 105, de 22 de setembro de 2006, por violação aos artigos 111, 115, incisos I, II e V, e 144, todos da Constituição Estadual, e artigo 37, incisos II e V, da Constituição Federal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2033944-32.2018.8.26.0000, da Comarca de Brotas, em que é requerente PREFEITO MUNICIPAL DE SOROCABA, é requerida CÂMARA MUNICIPAL DE SOROCABA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.877)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ALEX ZILENOVSKI, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, DAMIÃO COGAN, EUVALDO CHAIB, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SÉRGIO RUI e SALLES ROSSI julgando a ação procedente, e ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (com declaração), GERALDO WOHLERS, MOACIR PERES, MÁRCIO BARTOLI e FRANCISCO CASCONI julgando a ação improcedente.

São Paulo, 12 de setembro de 2018.

RICARDO ANAFE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 10.984, de 29 de outubro de 2014, acrescido pela Lei nº 11.569, de 08 de agosto de 2017, do Município de Sorocaba, que determina o encaminhamento de termos aditivos ou modificativos de contratos à Câmara Municipal, em arquivo digital, no prazo de sete dias a contar da assinatura – O dispositivo impugnado ao estabelecer que

devem ser encaminhados cópias dos termos aditivos e modificativos de contratos à Câmara Municipal extrapola os limites estabelecidos pelos sistemas de controle previstos nos artigos 33 e 150, da Constituição Bandeirante – Violação aos artigos 5º, 33 e 150, da Constituição do Estado de São Paulo.

Pedido procedente.

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Sorocaba visando ao reconhecimento da inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 2º, da Lei Municipal nº 10.984, de 29 de outubro de 2014, acrescido pela Lei Municipal nº 11.569, de 08 de agosto de 2017, porque, segundo ele, referido dispositivo extrapola o modelo de controle externo previsto no artigo 150 da Constituição do Estado de São Paulo, bem como viola o princípio da harmonia e independência entre os Poderes (artigo 5º). Aduz que o controle externo do Poder Executivo deve ser feito nos exatos termos da Constituição Federal e da Constituição do Estado, dentre os quais, não se infere a determinação mencionada no dispositivo impugnado. Alega, ainda, que a norma impugnada, ao impor obrigação ao Poder Executivo Municipal, incorreu em agressão à atividade gerencial e administrativa, de competência exclusiva do Poder Executivo, de acordo com o artigo 47, inciso II, da Constituição do Estado, bem como trata de matéria cuja competência legislativa é da União, nos termos do artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal. Diz que estão presentes os requisitos para a concessão da liminar e, ao final, requer seja declarada a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 2º, da Lei Municipal nº 10.984, de 29 de outubro de 2014, acrescido pela Lei Municipal nº 11.569, de 08 de agosto de 2017.

A liminar foi deferida (fl. 195/199).

A Procuradoria Geral do Estado, citada, mostrou desinteresse em se manifestar acerca do dispositivo impugnado (fl. 209/210).

Informações da Câmara Municipal de Sorocaba, representada por seu Presidente, a fl. 214/228.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 265/279, opinou pela procedência do pedido.

2. É o relatório.

A Lei nº 10.984, de 29 de outubro de 2014, do Município de Sorocaba, com a redação dada pela Lei Municipal nº 11.569/2017, que "regulamenta a aplicação dos princípios constitucionais de publicidade, de transparência e de acesso às informações nos procedimentos de licitação e dá outras providências",

Acesso ao Sumário

tem a seguinte redação:

"Art. 1º Todos os atos administrativos e documentos relativos a procedimentos licitatórios que, por determinação legal ou decisão específica do Tribunal de Contas, a este devam ser encaminhados, deverão também ser publicados em sítio eletrônico.

Parágrafo único. Também devem ser disponibilizados nos sítios eletrônicos:

I – os atos relativos à dispensa ou à inexigibilidade de licitação;

II – os atos dos procedimentos de contratação mediante parcerias público-privadas;

III – os atos relativos a concessões, permissões e convênios.

Art. 2º Deverão ser publicados em sítios eletrônicos, logo após o encerramento do certame licitatório, o resumo das propostas de todos os licitantes, notadamente a parte relativa a preços e prazos, e, logo após a sua assinatura, o termo do contrato celebrado e seus eventuais termos aditivos ou modificativos.

Parágrafo único. Os termos aditivos ou modificativos de que trata o *caput* deverão ser encaminhados à Câmara Municipal de Sorocaba, em arquivo digital, juntamente com uma justificativa ou motivo da assinatura do termo, em até 7 dias após a assinatura das partes. (Redação dada pela Lei nº 11.569/2017).

Art. 3º A disponibilização por meio eletrônico dos atos e documentos de que trata esta Lei não dispensa a sua publicação no Diário Oficial do Município, nas hipóteses previstas em lei.

Art. 4º As despesas com a execução da presente Lei correrão por conta de verba orçamentária própria.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. (g.n.)

Ab initio, cumpre asseverar, numa análise mais detida sobre a matéria, que o dispositivo impugnado não trata sobre a direção superior da Administração, atividade que compete privativamente ao Chefe do Executivo, nos termos do artigo 47, inciso II, da Constituição do Estado, nem tampouco se insere nas matérias incluídas no rol taxativo do artigo 24, § 2º, da mesma Carta.

Noutro ponto, como bem aduziu o d. Subprocurador-Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 265/279, o dispositivo impugnado "ao estabelecer que devem ser encaminhados cópias de termos aditivos e modificativos de contratos à Câmara Municipal por meio de arquivo digital, não aborda questões procedimentais da licitação, e por isso não viola o artigo 22, inciso XXVII, da Constituição da República".

Entrementes, correta a afirmação de que a norma combatida extrapola os

Acesso ao Sumário

limites de controle previstos na Constituição.

A propósito, a Câmara Municipal, a par de sua função legislativa típica e predominante, também exerce uma função de controle e fiscalização do Executivo, nos termos do artigo 31 da Constituição Federal; todavia esse poder fiscalizatório do Legislativo em relação ao Executivo, como ensina Hely Lopes Meirelles, "**deve conter-se nos limites do regramento e dos princípios constitucionais, em especial o da independência e harmonia dos Poderes**" (*in* "Direito Municipal Brasileiro", 15. ed., São Paulo, Malheiros, 2006, pág. 609).

O princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania tem uma função de garantia da Constituição, pois os esquemas de responsabilidade e controle entre os vários órgãos transformam-se em relevantes fatores de observância da Constituição (J.J. Gomes Canotilho, *in* Direito Constitucional, ed. 1991, p. 321 e 695).

Sobre o tema, esclarece Dalmo Dallari que "**o sistema de separação dos poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como *sistema de freios e contrapesos***" (*in* Elementos de Teoria Geral do Estado, p. 193).

E, segundo o princípio tradicional de balança de *poderes* e *contrapesos constitucionais*, cada um dos Poderes serve de limitação do arbítrio dos outros simplesmente por exercer sua ação constitucional dentro dos limites intransponíveis de sua *própria competência* (Eusébio de Queiroz Lima, *in* Teoria do Estado, p. 307). E, na prática de atos, **"se houver exorbitância de qualquer dos Poderes surge a ação fiscalizadora do Poder Judiciário, obrigando a cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência"** (Dalmo Dallari, *in* ob. cit., p. 193).

In casu, o dispositivo impugnado ao criar a obrigação ao Poder Executivo de encaminhar à Câmara Municipal de Sorocaba, em arquivo digital, os termos aditivos ou modificativos de contratos, juntamente com a respectiva justificativa ou motivo de sua assinatura, extrapola os limites estabelecidos pelos sistemas de controle previstos nos artigos 33 e 150, da Constituição Bandeirante que, por sua vez têm fundamento de validade no artigo 32 da mesma Carta.

Nesse passo, dispõe o artigo 32, que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado, das entidades da administração direta e indireta e das fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público será exercida pelo Poder Legislativo local, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo, na forma da lei, estabelecendo o artigo 33, que o controle externo será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos

Acesso ao Sumário

ou Tribunais de Contas dos Municípios onde houver (Hely Lopes Meirelles, *in* Direito Administrativo Brasileiro, p. 714).

A respeito do tema, julgados deste Colendo Órgão Especial:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 2.062, de 30 de junho de 2014, do Município de Santo Antônio do Jardim, que 'institui a obrigação da Prefeitura Municipal de Santo Antônio do Jardim a publicar previamente em seu sítio eletrônico, e enviar para a Câmara Municipal os editais referentes a qualquer modalidade de licitação pública a ser realizada no Município' – Disposições que envolvem fiscalização do Legislativo sobre o Executivo local – Inobservância, porém, do modelo constitucional estabelecido – Constatação de mácula ao princípio da separação dos Poderes – Norma, ademais, que desborda da competência legislativa constitucionalmente assegurada ao ente municipal, violando o pacto federativo – Disposições que envolvem regras de procedimento de licitação – Ofensa aos artigos 1º, 5º, 33, 144 e 150 da Carta Estadual – Pedido inicial julgado procedente." (ADI nº 2248831-42.2015.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Casconi, j. 01/06/2016).

"Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 11.190/2015, do Município de Sorocaba, que 'dispõe sobre a criação de emprego público de Agente de Combate às Endemias, a criação de funções gratificadas e dá outras providências'. Artigos 9º e 10. Imposição ao Executivo do envio de prestação de contas e relatórios mensais ao Conselho Municipal da Saúde. Inconstitucionalidade reconhecida por violação ao princípio da separação dos poderes e em razão da criação de sistema de controle em desconformidade com o modelo já previsto na Constituição. Artigos 33 e 150 da Constituição do Estado de São Paulo. Ação procedente." (ADI nº 2095354-62.2016.8.26.0000, Rel. Des. Arantes Theodoro, v.u., j. 31/08/2016).

De fato, o Poder Legislativo Municipal foi além do que dispõe a Constituição, pois dentro dos sistemas de controle previstos tanto no texto da Constituição Federal (Cf. artigo 31) como na Estadual, não há metodologia de fiscalização que se assemelhe àquela adotada no dispositivo impugnado. Assim, a Câmara Municipal extrapolou os limites de controle, na medida em que referido dispositivo cria para a Administração obrigação inexistente no paradigma constitucional estadual, o que implica em ofensa ao princípio da independência e harmonia dos Poderes (artigo 5º), de observância obrigatória também aos Municípios (artigo 144).

Por epítome, se conclui da inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 10.984, de 29 de outubro de 2014, acrescido pela Lei nº

11.569, de 08 de agosto de 2017, do Município de Sorocaba, por afronta aos artigos 5º, 33 e 150, da Constituição Estadual.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, julgo procedente o pedido.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 4151/18)

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Sorocaba. Art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.984, de 29 de outubro de 2014, acrescido pela Lei n. 11.569, de 08 de agosto de 2017, ambas do Município de Sorocaba, que determina o encaminhamento de termos aditivos ou modificativos de contratos à Câmara Municipal, em arquivo digital, no prazo de sete dias a contar da assinatura. Fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Município e das entidades da administração direta e indireta que deve ser exercida pela Câmara Municipal, mediante controle externo. Inconstitucionalidade não caracterizada. Ação improcedente.

V I S T O S.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade movida pelo Prefeito Municipal de Sorocaba em face do art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.984, de 29 de outubro de 2014, acrescido pela Lei n. 11.569, de 08 de agosto de 2017, ambas do Município de Sorocaba. A argumentação do autor é no sentido de que o dispositivo sindicado extrapola o modelo de controle externo previsto no artigo 150, da Constituição do Estado de São Paulo, além de violar o princípio da harmonia e independência entre os Poderes; aduziu que o controle externo do Poder Executivo deve ser feito nos exatos termos da Constituição Federal e da Constituição do Estado, dos quais não consta a determinação em apreço; alegou que, ao impor obrigação ao Poder Executivo Municipal, a norma impugnada importou ofensa à atividade gerencial e administrativa, de competência exclusiva do Poder Executivo, além de invadir competência legislativa da União (art. 22, XXVII, da CF).

Este C. Órgão Especial, por maioria de votos, julgou procedente o pedido, de acordo com o posicionamento expressado no voto do eminente relator, Des. Ricardo Anafe.

Acesso ao Sumário

Com o devido respeito ao entendimento da maioria deste Colegiado, entendo que a ação é improcedente, razão pela qual acrescento as razões do meu juízo divergente.

A Lei n. 10.984, de 29 de outubro de 2014, do Município de Sorocaba, com a redação dada pela Lei Municipal n. 11.569/2017, que *"regulamenta a aplicação dos princípios constitucionais de publicidade, de transparência e de acesso às informações nos procedimentos de licitação e dá outras providências"*, dispõe nos seguintes termos:

"Art. 1º Todos os atos administrativos e documentos relativos a procedimentos licitatórios que, por determinação legal ou decisão específica do Tribunal de Contas, a este devam ser encaminhados, deverão também ser publicados em sítio eletrônico.

Parágrafo único. Também devem ser disponibilizados nos sítios eletrônicos:

I – os atos relativos à dispensa ou à inexigibilidade de licitação;

II – os atos dos procedimentos de contratação mediante parcerias público-privadas;

III – os atos relativos a concessões, permissões e convênios.

Art. 2º Deverão ser publicados em sítios eletrônicos, logo após o encerramento do certame licitatório, o resumo das propostas de todos os licitantes, notadamente a parte relativa a preços e prazos, e, logo após a sua assinatura, o termo do contrato celebrado e seus eventuais termos aditivos ou modificativos.

Parágrafo único. Os termos aditivos ou modificativos de que trata o caput deverão ser encaminhados à Câmara Municipal de Sorocaba, em arquivo digital, juntamente com uma justificativa ou motivo da assinatura do termo, em até 7 dias após a assinatura das partes. (Redação dada pela Lei nº 11.569/2017).

Art. 3º A disponibilização por meio eletrônico dos atos e documentos de que trata esta Lei não dispensa a sua publicação no Diário Oficial do Município, nas hipóteses previstas em lei.

Art. 4º As despesas com a execução da presente Lei correrão por conta de verba orçamentária própria.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação". (g.n.)

Inicialmente, convém recuperar o teor do art. 150, da Constituição Estadual, que trata da fiscalização do Poder Legislativo sobre os atos do Poder Executivo no âmbito do Município:

"Artigo 150 – A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Município e de todas as entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, finalidade,

Acesso ao Sumário

motivação, moralidade, publicidade e interesse público, aplicação de subvenções e renúncia de receitas, será exercida pela Câmara Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno de cada Poder, na forma da respectiva lei orgânica, em conformidade com o disposto no artigo 31 da Constituição Federal".

Por sua vez, assim dispõe o citado art. 31, da Constituição Federal:

"Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.

§ 1º O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

§ 2º O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

§ 3º As contas dos Municípios ficarão, durante 60 (sessenta) dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

§ 4º É vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais."

Da análise das regras acima se depreende que, embora se exija a disciplina do controle externo por meio de lei, a Constituição Federal não cuidou de pormenorizar o procedimento por meio do qual se dará a atividade fiscalizatória do Legislativo municipal, assim como também não o fez a Carta paulista.

De outro lado, o art. 5º e incisos XIV e XXXIII, da Constituição da República, consagram o direito à informação, do que decorrem os princípios da publicidade e transparência.

Nesse passo, não se vislumbra inconstitucionalidade na determinação, mediante lei, do envio em arquivo digital dos termos aditivos ou modificativos dos contratos celebrados pelo Município, acompanhados da respectiva justificativa ou motivo para assinatura, eis que se estará no mero cumprimento dos dispositivos acima referidos, que, repita-se, não dispuseram sobre a forma procedimental respectiva.

Oportuno mencionar trecho da cartilha editada pela Controladoria Geral da União (CGU) com o objetivo de fornecer orientações básicas sobre o papel dos vereadores na fiscalização da aplicação dos recursos públicos municipais[1].

De acordo com referido documento, *"No controle da administração pública, os contratos administrativos para realização de obras, aquisição de bens, ou prestação de serviços constituem um ponto bastante sensível. Boa*

Acesso ao Sumário

1 Disponível em (endereço eletrônico constante do texto original) – acesso em 11.09.2018.

parte das notícias que envolvem denúncias de irregularidade e que circulam nos meios de comunicação diz respeito, direta ou indiretamente, aos processos de licitação e aos termos e condições contratuais pactuados entre o órgão público contratante e o particular contratado. O mesmo pode ser dito dos pronunciamentos dos Tribunais de Contas acerca da irregularidade das contas dos gestores públicos.

O que torna a questão complexa é que não basta fazer a licitação e formalizar o contrato administrativo. Faz-se necessária a gestão dos contratos, mesmo depois que são assinados. Isto significa acompanhar toda a evolução do processo, desde a definição precisa da necessidade da administração, passando pela aprovação do edital, a realização do certame, até a execução do contrato, certificando-se de que o contratado está realizando a obra ou prestando o serviço conforme determina o projeto básico ou o termo de referência. É preciso conferir se os bens adquiridos são de fato fornecidos na quantidade e qualidade especificadas no contrato.

Assim, o gerenciamento do contrato pode se revelar crucial para a boa gestão. O acompanhamento periódico da execução contratual possibilita à administração diagnosticar as eventuais falhas e corrigir os desvios.

Da mesma forma, também é importante que o vereador acompanhe o processo de licitação. Para isso, ele pode, por exemplo, participar das sessões públicas de abertura das propostas, verificar se os licitantes participantes são empresas que de fato existem, examinar se os preços propostos estão de acordo com o mercado local etc.

A Câmara de Vereadores desempenha um importante papel de instância fiscalizadora da gestão dos contratos firmados pela Prefeitura.

Exemplos do que o vereador pode fiscalizar:

[...]

*– **Fiscalizar os aditivos contratuais**, se não está havendo descaracterização da proposta vencedora, elevando os custos para a administração"* (g.n.).

Nesse mesmo sentido, confira-se o julgado abaixo, proferido pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná:

"Direito Constitucional e Administrativo. Mandado de Segurança. Câmara Municipal. Pedido de informações e de documentos. Negativa de fornecimento. Ato abusivo e ilegal. Inviabilização do exercício da atividade fiscalizatória da Câmara. a) É função da Câmara de Vereadores fiscalizar as ações do Poder Executivo Municipal, devendo, portanto, ser prestado os esclarecimentos e os documentos necessários ao regular exercício dessa prerrogativa constitucional conferida ao Poder Legislativo. b) Entretanto, embora haja a alegação da Autoridade apontada Coatora no sentido de que entregou os balancetes e deixou à disposição dos Vereadores os demais

Acesso ao Sumário

documentos (notas fiscais, requisições e empenhos), observa-se que tais alegações não restaram demonstradas nos autos. c) Assim, não havendo demonstração de que a solicitação administrativa foi atendida, entendo que a Autoridade apontada Coatora deixou de atender a solicitação, dificultando a função fiscalizadora do parlamento local, que tem fundamento no art. 31 da Constituição Federal e no artigo 102 da Lei Orgânica do Município de Santo Inácio e, também, no artigo 233 do Regimento Interno da Câmara Municipal. d) Por outro lado, ainda que houvesse a alegada disponibilização dos documentos 'in loco', que não restou demonstrada, entendo que tal restrição também constitui recusa de fornecimento de documentação e, principalmente, obstáculo ao livre exercício da atividade fiscalizatória da Câmara, pois a verificação no local obsta a análise detalhada acerca da regularidade ou não das contas do Fundo Municipal de Saúde. e) Nessas condições, a recusa do Impetrado em prestar à Câmara dos Vereadores as informações que esta solicitar, incluindo-se o fornecimento dos documentos, importa em prática de ato ilegal e abusivo por dificultar a atividade fiscalizadora que deve ser desenvolvida pelos Vereadores. 2) SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME". (Processo PR 1085721-9 – 5ª Câmara Cível, Rel. Leonel Cunha, DJ 1291, 05.03.2014).

Como se vê, no exercício de suas atribuições constitucionais o Poder Legislativo Municipal pode editar norma que expresse o dever do Poder Executivo de fornecer-lhe informações aptas ao controle externo da atividade administrativa, em especial no que tange aos contratos e seus aditamentos e alterações.

Em face dos argumentos acima, não há inconstitucionalidade a reconhecer no art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.984, de 29 de outubro de 2014, acrescido pela Lei n. 11.569, de 08 de agosto de 2017, ambas do Município de Sorocaba, pelo que não resta alternativa à improcedência da ação, respeitado o entendimento contrário.

Ante o exposto, por meu voto, julga-se improcedente a ação.

ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, Desembargador

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2028200-56.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SOROCABA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SOROCABA.

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 31.356)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, 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, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES e PINHEIRO FRANCO.

São Paulo, 26 de setembro de 2018.

XAVIER DE AQUINO, Relator

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 11610, de 27 de novembro de 2017, do Município de Sorocaba, de iniciativa parlamentar, que dispõe sobre a obrigatoriedade do Poder Executivo divulgar despesas em condenações trabalhistas e previdenciárias. Vício de Iniciativa. Inocorrência. Norma que versa sobre tema de interesse geral da população, qual seja a publicidade dos atos administrativos, cujos princípios estão insculpidos nos arts. 5º, XXXIII e 37 da Carta da República, reproduzidos pelo artigo 111 da Carta Estadual, aplicável aos Municípios por força do artigo 144 da citada Carta.

Ação improcedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade da Lei nº 11610, de 27 de novembro de 2017, do Município de Sorocaba, de iniciativa parlamentar que dispõe sobre a obrigatoriedade do Poder Executivo de divulgar despesas em condenações trabalhistas e previdenciárias. Alega o autor que a norma objurgada padece de vício de inconstitucionalidade formal, na medida em que afronta o princípio da separação dos poderes, invadindo competência legislativa da União ao legislar sobre regras do direito do trabalhador; acrescenta que a Resolução 121 do CNJ veda a livre divulgação de dados com o nome dos autores de ações trabalhistas, havendo que se preservar o direito à privacidade e à intimidade do obreiro.

Processada com liminar, manifestou-se o d. Procurador Geral do Estado, pelo desinteresse na defesa do ato (fls. 102/103).

Prestou informações o Presidente da Câmara Municipal de Sorocaba (fls. 106/118) batendo-se pela improcedência da ação.

Parecer da *i.* Procuradoria Geral de Justiça, pela improcedência do pedido.

É o relatório.

A ação não procede.

Com efeito, trata-se de ação direta de inconstitucionalidade da Lei nº 11610, de 27 de novembro de 2017, do Município de Sorocaba, de iniciativa parlamentar que dispõe sobre a obrigatoriedade do Poder Executivo divulgar despesas em condenações trabalhistas e previdenciárias e tem o seguinte texto:

LEI Nº 11.610, DE 27 DE NOVEMBRO DE 2017

Institui a obrigatoriedade do Poder Legislativo e Executivo divulgar despesas com condenações trabalhistas e previdenciárias.

Art. 1º Deve o Poder Público Municipal, Executivo (administração direta e indireta) e Legislativo, divulgar nos respectivos portais da transparência na internet despesas decorrentes de condenação trabalhista e previdenciária em razão de responsabilidade subsidiária do tomador de serviço prestado por terceiros, como empresas terceirizadas.

Parágrafo único. A divulgação deverá informar o CNPJ do prestador contratado pelo Poder Público, se foi ajuizada ação de regresso, se foi feita retenção do pagamento pelo Poder Público à empresa e qual o valor retido, ressalvados os casos em que for decretado sigilo ou segredo de justiça.

Art. 2º As despesas com a execução da presente Lei correrão por conta de verba orçamentária própria.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor 30 (trinta) dias contados da data de sua publicação.

A CÂMARA MUNICIPAL DE SOROCABA, aos 27 de novembro de 2017.".

Não se há de reconhecer na norma impugnada iniciativa reservada ao Alcaide, posto não constar o tema do rol taxativo do artigo 24, § 2º, 1 a 6, da Constituição do Estado de São Paulo, que dispõe que *"A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição"* (*caput*), competindo exclusivamente *"ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre: 1 – criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração; 2 – criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 47, XIX; 3 – organização da Procuradoria Geral do Estado e da Defensoria Pública do Estado, observadas as normas gerais da União;*

Acesso ao Sumário

4 – servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; 5 – militares, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para inatividade, bem como fixação ou alteração do efetivo da Polícia Militar; 6 – criação, alteração ou supressão de cartórios notariais e de registros públicos" (parágrafo 2º)".

No caso presente, a Lei guerreada não cuidou, como afirmado na inicial, de relações trabalhistas a cargo da competência legislativa da União mas, sim, de conceder maior transparência dos atos da Administração no que diz respeito às despesas *"decorrentes de condenação trabalhista e previdenciária em razão de responsabilidade subsidiária do tomador de serviço prestado por terceiros, como empresas terceirizadas".*

Neste passo, há evidente alinhamento da norma com os princípios que regem a Administração e que se encontram insculpidos nos artigos 5º, inciso XXXIII, 37 da Constituição Federal, reproduzidos pelo artigo 111 da Constituição Bandeirante, e que tem por finalidade precípua manter o cidadão informado a respeito da Administração de seu Município.

Não é demais ressaltar que, consoante deixou assente o e. desembargador FRANCISCO CASCONI, na oportunidade do julgamento da ADI 2155328-64.2015.8.26.0000, j. em 02/02/2016: *"A transparência dos gastos públicos na hipótese não implica na sujeição de um Poder a outro, mas fortalece as instituições democráticas sem que haja censurável mitigação da área de atuação constitucional do Executivo Municipal, esvaindo assim, por consequência, alegação de mácula ao pacto federativo."*

Confira-se, a propósito, julgados deste C. Órgão Especial:

"**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**. LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR Nº 6.141/2015, DO MUNICÍPIO DE ASSIS, QUE TORNA OBRIGATÓRIA A COLOCAÇÃO DE PAINÉIS OU CARTAZES INFORMANDO DESPESAS COM ÁGUA, ENERGIA ELÉTRICA E TELEFONES DOS PRÉDIOS PÚBLICOS MUNICIPAIS, NOS ÚLTIMOS DOZE MESES. PROCEDÊNCIA PARCIAL PARA PROCLAMAR A INCONSTITUCIONALIDADE DOS PARÁGRAFOS 1º, 2º, 3º E 4º DO ARTIGO 1º DA LEI Nº 6.141/2015.

Vício de iniciativa. Inocorrência, porquanto se destaca na atuação parlamentar o respeito ao princípio da transparência. Em vista disto, a matéria aqui tratada é de iniciativa concorrente. Incidência dos artigos 24, parágrafo 2º e 144, da Constituição Estadual e artigos 37 e 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal. (...) PROCEDÊNCIA PARCIAL". (ADI 2005713-63.2016.8.26.0000, Rel. Des. AMORIM CANTUÁRIA, j. em 08/06/2016).

"**Ação direta de inconstitucionalidade**. Jundiaí. Lei municipal n. 8.376, de 19 de fevereiro de 2015, de iniciativa parlamentar, que 'Prevê

Acesso ao Sumário

publicidade, na internet, de atos licitatórios da administração direta e indireta', do Município de Jundiaí. Alegação de inconstitucionalidade do seu art. 1º, § 1º, IV, por contrariar o art. 111, da Constituição do Estado de São Paulo, notadamente o princípio da razoabilidade. Inocorrência. Norma local que versa sobre tema de interesse geral da população (publicidade de atos administrativos). Ausência de ofensa aos princípios constitucionais que informam a atividade estatal, bem como de criação de despesa pública sem indicação de fonte de custeio. Inconstitucionalidade não caracterizada. Rejeição do pedido subsidiário de interpretação conforme, cujo acolhimento tornaria letra morta o dispositivo impugnado. Precedentes deste C. Órgão Especial. Ação julgada improcedente". (ADI 2038840-21.2018.8.26.0000, Rel. Des. Antônio Celso Aguilar Cortez, j. em 23/05/2018).

Diante do exposto, **JULGO IMPROCEDENTE** a ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2001771-52.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor SINDSAN – SINDICATO DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS DA REGIÃO METROPOLITANA DA BAIXADA SANTISTA, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE GUARUJÁ e PREFEITO DO MUNICÍPIO DE GUARUJÁ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE O ADV. DR. RODRIGO BARBOSA MATHEUS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.603)**

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, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SÉRGIO RUI e SALLES ROSSI.

São Paulo, 26 de setembro de 2018.

RICARDO ANAFE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Municipal nº 4.454, de 13 de novembro de 2017, do Município de Guarujá, que "autoriza o exercício das atividades dos profissionais em transportes de passageiros, 'mototaxista', com o uso de motocicleta ou triciclo e dá outras providências" – Legislação impugnada que versa questão atinente ao trânsito e ao transporte, afeta à competência legislativa privativa da União, nos termos do artigo 22, inciso XI, da Constituição Federal – Precedentes do Colendo Supremo Tribunal Federal – Previsão legal que trata de matéria relativa à Administração Municipal, de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo – Vício de iniciativa – Ofensa ao princípio da harmonia e independência dos Poderes – Violação aos artigos 1º, 5º, 47, incisos II, XIV e 144, da Constituição do Estado de São Paulo.

Pedido procedente.

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Sindicato das Empresas de Transporte de Passageiros da Região Metropolitana da Baixada Santista – SINDSAN visando ao reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 4.454, de 13 de novembro de 2017, que "autoriza o exercício das atividades dos profissionais em transportes de passageiros, 'Mototaxista', com o uso de motocicleta ou triciclo e dá outras providências", porque, segundo ele, viola o disposto nos artigos 5º, 47, incisos XI e XVII, 119 e 144, da Constituição do Estado de São Paulo. Sustenta que a norma combatida padece de vício de iniciativa, ao tratar de matéria relativa à gestão administrativa, cuja iniciativa é exclusiva do Chefe do Poder Executivo. Acrescenta que a norma guerreada padece de vício material, na medida em que há intromissão do Legislativo na gestão do sistema urbano de transportes, a qual compete ao Executivo, bem como usurpou competência da União, pois previu o uso de triciclo e a norma federal, de cunho nacional, restringiu o serviço de mototáxi àquele prestado com motocicletas. Diz que estão presentes os requisitos para a concessão da liminar e, ao final, requer seja declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 4.454, de 13 de novembro de 2017, do Município de Guarujá.

A liminar foi deferida (fl. 143/152).

A Procuradoria Geral do Estado, citada, mostrou desinteresse em realizar a defesa da norma impugnada (fl. 166/167).

Acesso ao Sumário

O Presidente da Câmara Municipal de Guarujá prestou informações a fl. 169/197 e o Prefeito do Município a fl. 240/254.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 200/224, reiterado a fl. 258, opinou pela procedência parcial do pedido, "declarando-se a inconstitucionalidade da expressão 'triciclo', prevista nos artigos 1º e incisos I, IV, bem como no parágrafo único, do artigo 4º, todos da Lei nº 4.454, de 13 de novembro de 2017."

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 Lei Orgânica Municipal, 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 as normas da Constituição Estadual, consoante aplicação do disposto no artigo 90, *caput*, da Carta Bandeirante.

A Lei nº 4.454, de 13 de novembro de 2017, do Município de Guarujá, tem a seguinte redação:

"Art. 1º – Esta Lei autoriza o exercício das atividades dos profissionais em transportes de passageiros, 'mototaxista', com o uso de motocicleta ou triciclo.

Art. 2º – São atividades específicas dos profissionais de que trata esta lei o transporte de passageiros.

Art. 3º – O serviço de 'Moto Táxi' será prestado por profissionais autônomos, cooperativas ou associações, dentro do perímetro do Município, mediante autorização da Prefeitura Municipal.

§ 1º É obrigatório prévio cadastro das cooperativas ou associações junto aos órgãos competentes da municipalidade para o início da prestação dos serviços.

§ 2º O cadastro de que trata o parágrafo anterior somente será concedido se a cooperativa ou associação contar com, no mínimo, 10 (dez) componentes aptos a prestarem os serviços.

§ 3º A autorização prevista no 'caput' deste artigo será concedida a título precário e com validade de 1 (um) ano, por ato do Poder Executivo, após parecer técnico dos órgãos competentes da municipalidade.

§ 4º A validade de 1 (um) ano da autorização poderá ser sempre renovada pelo mesmo período.

Acesso ao Sumário

Art. 4º – Para o exercício das atividades previstas no artigo 2º desta Lei é necessário, além do disposto no artigo 2º da Lei Federal nº 12.009, de 29 de julho de 2009, o seguinte:

I – estar com a documentação da motocicleta ou triciclo, rigorosamente completa e atualizada;

II – ser licenciado pelo órgão oficial (Departamento Estadual de Trânsito DETRAN-SP) em categoria aluguel e emplacado com placa de cor vermelha;

III – estar o veículo devidamente cadastrado junto à Prefeitura Municipal;

IV – o veículo somente poderá transportar uma única pessoa nos casos de motocicletas ou duas pessoas nos casos de triciclos, os quais deverão ter à sua disposição capacete protetor com touca descartável, que atenda as exigências legais, para todos os passageiros;

V – o transportador autônomo, cooperativas ou associações prestadoras dos serviços deverão manter seguro de vida e de danos pessoais que cubram despesas médicas e hospitalares, em valores mínimos correspondentes a R$ 20.000,00 (vinte mil reais) e R$ 5.000,00 (cinco mil) reais, respectivamente, independentemente do seguro obrigatório DPVAT;

VI – o veículo deverá possuir protetor de escapamento além de todos os equipamentos exigidos pela legislação em vigor;

VII – ser o veículo de modelo que caracterize no mínimo 125 (cento e vinte e cinco) cilindradas, com ano de fabricação não superior a 07 (sete) anos;

VIII – no veículo deverá ser afixado um adesivo, fornecido pela Prefeitura Municipal, no tanque de gasolina, constando o número da autorização, bem como o prazo de sua validade;

IX – o Poder Público Municipal poderá estabelecer padrão de layout e design para todos os veículos insertos nesta lei que os diferenciem dos demais veículos da frota municipal, mediante decreto;

X – o condutor do veículo deverá utilizar colete de identificação, provido de elemento refletivo, com o número da autorização e o prazo de validade inscrito nas costas e no peito do colete;

XI – alça metálica lateral na qual o passageiro possa segurar-se;

XII – ter protetor de escapamento, para evitar queimaduras nos passageiros;

XIII – possuir dois retrovisores e antena frontal de proteção contra

Acesso ao Sumário

fios ou linhas impregnadas de material cortante;

XIV – trafegar somente com o farol aceso;

XV – atender as normas e regulamentos do Código Nacional de Trânsito.

Parágrafo único. Os serviços de que trata esta Lei em hipótese alguma poderão ser realizados por veículos que não sejam motocicletas ou triciclos, sob pena de cassação da autorização de funcionamento.

Art. 5º – A autorização para a prestação dos serviços de 'Moto Táxi' somente será concedida se o interessado inscrito satisfizer as seguintes exigências:

I – possuir Carteira Nacional de Habilitação, em caráter definitivo na categoria, há pelo menos 02 (dois) anos;

II – apresentar certidão negativa de antecedentes criminais, inclusive em relação a crimes de trânsito;

III – ser aprovado em curso especializado, nos termos da regulamentação do CONTRAN, atualmente na Resolução nº 350, de 14 de junho de 2010 ou qualquer outra que venha a substituí-la.

§ 1º Será concedida, no máximo, 01 (uma) autorização para cada 1.000 (hum mil) habitantes ou fração, conforme certidão oficial do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IBGE, que será atualizada a cada 03 (três) anos.

§ 2º Após deferidas as inscrições, serão as mesmas publicadas na imprensa oficial e, em havendo número superior ao acima previsto, a escolha será feita através de sorteio em data e local já definidos no referido edital.

Art. 6º – O preço do serviço de 'Moto Táxi' será estabelecido por Decreto do Prefeito Municipal e fixado através de tarifa única para as zonas urbana e de expansão urbana, assegurando-se o equilíbrio econômico-financeiro, para que possa ser prestado de forma contínua e eficiente.

Parágrafo único. O equipamento de tarifação conhecido como taximétricos poderá ser de tecnologia mobile online para que o passageiro(a), tenha conhecimento prévio da quantidade de quilômetros e valores a serem pagos antes de iniciar o percurso, sujeitos a fiscalização por órgãos de defesa do consumidor e da autoridade de trânsito do município.

Art. 7º – É vedada a transferência ou o repasse da inscrição a terceiros, cabendo, exclusivamente, à Prefeitura Municipal a outorga

Acesso ao Sumário

das autorizações em absoluta ordem cronológica de inscrição.

Parágrafo único. Havendo desistência, extinção ou cassação de qualquer autorização, o Poder Público Municipal convocará o próximo interessado devidamente inscrito ou, em havendo sorteio, o primeiro suplente assim definido naquele ato.

Art. 8º – Os danos materiais ou pessoais causados a usuários ou a terceiros em decorrência dos serviços de 'Moto Táxi' serão de responsabilidade exclusiva do autônomo autorizado ou da cooperativa ou associação, caso seja comprovada a culpa em qualquer das suas modalidades.

Art. 9º – Os pontos de estacionamento específicos, que não poderão ser localizados em áreas predominantemente residenciais, serão definidos pelos órgãos de trânsito da Prefeitura Municipal.

Art. 10 – A inobservância dos preceitos contidos nesta Lei, no Código de Trânsito Brasileiro, no Código Penal e nas demais legislações em vigor, especialmente a federal, bem como qualquer conduta dos autorizados que afetem o zelo, a presteza da atividade, o respeito e a urbanidade às autoridades, aos passageiros e aos cidadãos, sujeitará os infratores as seguintes penalidades, respeitado, em todos os casos, o direito ao contraditório e ampla defesa:

I – advertência;

II – multa, no valor máximo de R$ 500,00 (quinhentos reais);

III – suspensão da autorização por um período máximo de 12 (doze) meses;

IV – cassação da autorização para o exercício da atividade por um período mínimo de 02 (dois) e máximo de 05 (cinco) anos.

§ 1º As penalidades previstas este artigo são independentes umas das outras, como também de outras sanções previstas na legislação em vigor e serão aplicadas pelo órgão de trânsito municipal, que levará em conta a gravidade da infração, a conduta do autorizado, o grau de culpabilidade, a repercussão social e as circunstâncias do fato.

§ 2º Da penalidade aplicada caberá recurso administrativo ao Prefeito Municipal, no prazo de 10 (dez) dias, sem efeito suspensivo, salvo em caso de perigo de grave lesão à ordem pública ou prejuízo manifesto ao serviço de transporte municipal, que será apreciado e decidido, em qualquer caso, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias.

§ 3º As reclamações em face dos serviços inseridos nesta lei poderão ser procedidas junto a Ouvidoria Geral do Município, ou órgão equivalente e encaminhadas para a autoridade de trânsito

Acesso ao Sumário

que tomará as providências cabíveis.

Art. 11 – O Prefeito Municipal regulamentará a presente Lei, no que couber.

Art. 12 – As despesas decorrentes da execução da presente Lei correrão por conta de verbas próprias consignadas no orçamento vigente, suplementadas se necessário.

Art. 13 – Esta lei entrará em vigor após decorridos 90 (noventa) dias da data de sua publicação.

Art. 14 – Fica autorizada a prorrogação do prazo disposto no artigo anterior, consignada à justificativa, via decreto municipal.

Art. 15 – Ficam revogadas as disposições em contrário."

A lei local ao autorizar a prestação do serviço de mototáxi no âmbito do Município de Guarujá tratou de matéria atinente a trânsito e transporte, em clara usurpação da competência legislativa privativa da União, nos termos do artigo 22, inciso XI, da Constituição Federal. Referido dispositivo consagrou prerrogativa exclusiva da União para regulamentar os serviços de transporte de passageiros, dentre os quais se incluem os de mototáxi.

O Colendo Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades firmou o entendimento acerca da inconstitucionalidade formal, por invasão de competência da União, de normas estaduais que dispunham sobre regulamentação de mototáxi:

"1. Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei do Estado do Pará. 3. Serviço de transporte individual de passageiros prestado por meio de ciclomotores, motonetas e motocicletas. 4. Competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte (art. 22, XI, CF). 5. Precedentes (ADI 2.606/SC). 6. Procedência da ação." (STF. Plenário. ADI 3.135/PA. Rel.: Min. Gilmar Mendes, j. 1º/8/2006, unânime, DJ. 08.09.2006).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO ESTADO DE MINAS GERAIS. LICENCIAMENTO DE MOTOCICLETAS PARA TRANSPORTE DE PASSAGEIROS ("MOTOTÁXI"). COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL RECONHECIDA.

I – Competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte (CF, art. 22, XI).

II – Exercício de atribuição pelo Estado que demanda autorização de lei complementar.

III – Inexistência de autorização expressa quanto ao transporte

Acesso ao Sumário

remunerado de passageiros por motocicletas.

IV – Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da lei mineira 12.618/97." (STF. Plenário. ADI 3.136/MG. Rel.: Min. Ricardo Lewandowski, 1º/8/2006, unânime, DJ. 10.11. 2006).

"Ação direta de inconstitucionalidade. L. Distrital 3.787, de 02 de fevereiro de 2006, que cria, no âmbito do Distrito Federal, o sistema de MOTO-SERVICE – transporte remunerado de passageiros com uso de motocicletas: inconstitucionalidade declarada por usurpação da competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte (CF, art. 22, XI). Precedentes: ADIn 2606, Pl., Maurício Corrêa, DJ 7.2.03; ADIn 3.136, 1.08.06, Lewandowski; ADIn 3.135, 09.08.2006, Gilmar." (STF. Plenário. ADI 3.679-3/DF. Rel.: Min. Sepúlveda Pertence, 18/06/2007, unânime, DJ. 03.08.2007).

De outro lado, a normatização federal do tema está na Lei Federal nº 12.009, de 29 de julho de 2009, que estabeleceu regras gerais atinentes às atividades profissionais em transporte de passageiros, de mototaxista, em entrega de mercadorias e em serviço comunitário de rua, e de motoboy, com uso de motocicleta, de modo que a matéria versada na legislação local não revela a presença de qualquer interesse predominantemente local, tendo em vista tratar-se de assunto concernente a todos os usuários (passageiro ou motorista) do serviço de uma forma irrestrita, o que lhe retira a competência para legislar sobre a questão.

Demais disso, revendo meu posicionamento anterior adotado em caso análogo (Cf. ADI nº 2067776-27.2016.8.26.0000, j. em 09/11/2016), no qual concorri com a maioria, verifica-se, em detida análise, que a norma local, de iniciativa parlamentar, ao autorizar o exercício das atividades dos profissionais em transportes de passageiros, denominados "mototaxista", com o uso de motocicleta ou triciclo, no âmbito do Município, avançou sobre campo de gestão administrativa, impondo várias obrigações a órgãos da Administração local, consistentes em efetuar cadastro dos veículos, conceder a respectiva autorização, promover a fiscalização e o controle do serviço, ou seja, cuidou de matéria cuja iniciativa legislativa é reservada ao Chefe do Poder Executivo, nos termos do artigo 47, incisos II e XIV, da Constituição do Estado de São Paulo, aplicável aos Municípios por força do artigo 144 da mesma Carta.

Acesso ao Sumário

De um modo geral, pode a Câmara, por deliberação do Plenário, indicar medidas administrativas ao Prefeito *adjuvandi causa*, isto é, a título de colaboração e sem força coativa ou obrigatória para o Executivo. A propósito ensina Hely Lopes Meirelles:

"A atribuição típica e predominante da Câmara é normativa, isto é, a

de regular a administração do Município e a conduta dos munícipes no que afeta aos interesses locais. A Câmara não administra o Município; estabelece, apenas, normas de administração (...). De um modo geral, pode a Câmara, por deliberação do plenário, indicar medidas administrativas ao prefeito *adjuvandi causa*, isto é, a título de colaboração e sem força coativa ou obrigatória para o Executivo; o que não pode é prover situações concretas por seus próprios atos ou impor ao Executivo a tomada de medidas específicas de sua exclusiva competência e atribuição. Usurpando funções do Executivo, ou suprimindo atribuições do prefeito, a Câmara praticará ilegalidade reprimível por via judicial" (*in* "Direito Municipal Brasileiro", Malheiros Editores, São Paulo, 15ª ed., pp. 605/606).

E, ainda, a respeito do processo legislativo, destaca-se trecho da obra de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *in verbis*: **"... as regras de fixação de competência para a iniciativa do processo legislativo têm como corolário o princípio da separação dos poderes, que nada mais é do que o mecanismo jurídico que serve à organização do Estado, definindo órgãos, estabelecendo competências e marcando relações recíprocas entre esses mesmos órgãos"** (Cf. "Do Processo Legislativo", Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ed. Saraiva, p. 111/112).

Nessa esteira, "Ives Gandra Martins, referindo-se aos atos típicos de administração, ensina que **'sobre tais matérias tem o Poder Executivo melhor visão do que o Legislativo, por as estar gerindo. A administração da coisa pública, não poucas vezes, exige conhecimento que o Legislativo não tem, e outorgar a este Poder o direito de apresentar os projetos que desejasse seria oferecer-lhe o poder de ter iniciativa sobre assuntos que refogem a sua maior especialidade'** ('Comentários à Constituição do Brasil', 4º vol. Tomo I, 3ª ed., atualizada, São Paulo, Saraiva, 2002)."[1]

Nesse diapasão, evidente a invasão pela Câmara Municipal de Guarujá na esfera de competência privativa do Executivo Municipal, em afronta ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes, previsto no artigo 5º da Constituição do Estado de São Paulo, cuja observância é obrigatória, *ex vi* do artigo 144 da mesma Carta.

Sobre o tema, os julgados deste Colendo Órgão Especial:

"EMENTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei n. 5.741/2016, que alterou o art. 3º e inseriu o art. 19-A na Lei nº 4.986/2011, ambas do Município de Votuporanga, incluindo o triciclo automotor de cabine fechada como espécie de veículo para o transporte remunerado de passageiros – A inclusão de outra espécie de veículo para o transporte remunerado de passageiros não

1 ADIn nº 2047125-42.2014.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 22/10/2014.

Acesso ao Sumário

alcança o *status* de interesse local a justificar a atuação legislativa do Município, nem mesmo a título suplementar (art. 30, I e II, da Constituição Federal) – Invasão de competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte (art. 22, XI, da Constituição Federal) – Inconstitucionalidade declarada Ação procedente." (ADI nº 2080036-39.2016.8.26.0000, Rel. Des. Salles Rossi, j. 10/08/2016).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 6.147, de 15 de outubro de 2014, do Município de Ourinhos, que 'dispõe sobre a criação do serviço de ambu-táxi, atividade de transporte adequado e imediato de saúde' – Autonomia legislativa e auto-organização que devem ser exercidas pelo ente público local em consonância com as regras e princípios das Leis Maiores, na forma dos arts. 29 da CF e 144 da CE – Legislação objurgada nos autos que versa questão atinente ao trânsito e ao transporte, afeta à competência legislativa privativa da União, nos termos do artigo 22, inciso XI, da CF – Precedentes do STF – Inexistência, outrossim, de interesse local na matéria objeto do ato normativo impugnado que permitisse o exercício de eventual competência suplementar do Município, com esteio no art. 30, incisos I e II, da CF – Alardeada invasão de competência legislativa da União pelo Município que restou então evidenciada – Previsão legal atacada que também se envereda por assunto relativo à gestão municipal e às atribuições de órgãos públicos, afeto à competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo local – Inobservância da iniciativa reservada conferida ao Prefeito que acabou também por implicar em afronta ao princípio da separação dos poderes – Vícios de inconstitucionalidade que ficaram evidenciados na espécie, por afronta aos preceitos contidos nos artigos 22, inciso XI, e 30, incisos I e II, da CF, e artigos 5º, 47, incisos II e XIV, e 144, da Constituição do Estado de São Paulo – Ação julgada procedente." (ADI nº 2001628-68.2015.8.26.0000, Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, j. 27/05/2015).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei de iniciativa parlamentar que autoriza o Poder Executivo a aumentar a frota de táxis. Competência do Executivo para a organização e planejamento dos serviços públicos. Vício de iniciativa. Ocorrência. Precedentes. Alegação de que não há invasão de competência por se tratar de 'lei autorizativa'. Descabimento. Inconstitucionalidade reconhecida. Ação procedente." (ADI nº 2058665-53.2015.8.26.0000, Rel. Des. Tristão Ribeiro, j. 10/6/2015).

Por epítome, flagrante a inconstitucionalidade da legislação impugnada, por afronta aos artigos 1º, 5º, 47, incisos II, XIV, e 144, da Constituição do Estado de São Paulo.

Acesso ao Sumário

3. À vista do exposto, pelo meu voto, julgo procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 4.454, de 13 de novembro de 2017, do Município de Guarujá.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2001311-65.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO MUNICIPAL DE FRANCA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE FRANCA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.995)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, 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, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 3 de outubro de 2018.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 8.858, de 23 de setembro de 2017, do Município de Franca, que regulamenta as emendas parlamentares ao plano plurianual - PPA. – Emendas ao Plano Plurianual que não foram objeto de votação quando da aprovação da Lei guerreada – Aprovação superveniente que viola o processo legislativo, subvertendo a disciplina do poder de emenda parlamentar em leis orçamentárias, notadamente a exigência de compatibilidade das emendas à LDO ao PPA, nos termos do § 2º, do artigo 175, da CE/89 – Ação Procedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, em face da Lei nº 8.858, de 23 de setembro de 2017, do Município de Franca, que regulamenta as emendas parlamentares ao plano plurianual – PPA.

Sustenta a ação, que a Lei municipal mencionada, viola o art. 28 da Constituição do Estado, uma vez que deixou de observar o devido processo legislativo.

A liminar foi deferida (fls. 3.182).

Vieram as informações às fls. 3.086/3.096.

Citado, o Senhor Procurador Geral do Estado declinou de oferecer defesa do ato atacado (fls. 3.080/3.081).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (fls. 3.219/3.226).

É o relatório.

Assim dispõe a norma guerreada:

Art. 1º – O Plano Plurianual para o quadriênio 2018/2021, conforme dispõe o artigo 146 da Lei Orgânica do Município de Franca, fica definido nos termos da presente Lei e compreende a realização de um conjunto de programas que visam direcionar o processo de desenvolvimento do município, em conformidade com os instrumentos das políticas públicas, do planejamento municipal e das decisões emanadas das instâncias Executiva, Legislativa e participativa da cidade.

Art. 2º – Os anexos previstos na Lei Complementar Federal nº 101/2000, relativos ao Planejamento Orçamentário – Plano Plurianual e as Diretrizes Gerais, integram e incorporam esta Lei nos seguintes anexos:

I. Diretrizes gerais;

II. Anexo I do Projeto AUDESP/TCESP – Estimativa das receitas orçamentárias;

III. Anexo II do Projeto AUDESP/TCESP – Descrição dos programas governamentais/metas/custos;

IV. Anexo III do Projeto AUDESP/TCESP – Unidades executoras e ações voltadas ao desenvolvimento do programa governamental;

V. Anexo IV / Estrutura administrativa.

Art. 3º – Anualmente, as Leis de Diretrizes Orçamentárias e as Leis Orçamentárias terão como referência as diretrizes, objetivos e metas fixadas no Plano Plurianual para o quadriênio de 2018/2021.

§ 1º – A comunidade participará, através de audiências públicas, da elaboração das Leis de Diretrizes Orçamentárias e Leis Orçamentárias Anuais, e das análises de cumprimento das metas

Acesso ao Sumário

fiscais estabelecidas nas diretrizes orçamentárias.

§ 2º – Constituem-se como prioridades para o quadriênio 2018/2021 as ações governamentais dirigidas aos serviços de educação, saúde, assistência social, habitação, infraestrutura urbana, saneamento básico, desenvolvimento econômico e geração de renda.

§ 3º – As propostas das Leis de Diretrizes Orçamentárias e das Leis Orçamentárias Anuais, apresentadas pelos órgãos do Orçamento do Município, consolidadas pelo Executivo, poderão contemplar alterações nas metas físicas e financeiras do Plano Plurianual, nas descrições dos programas e seus objetivos, justificativas e ações de governo, que, sendo aprovadas pelo Legislativo, passarão a compor os Anexos III e IV desta Lei.

Art. 4º – As leis orçamentárias anuais obedecerão, no mínimo, os percentuais fixados pela Lei Orgânica do Município de Franca e pela Constituição Federal, para as despesas na área de saúde e educação.

Art. 5º – Nas Leis Orçamentárias Anuais, as despesas com o Legislativo obedecerão ao disposto no artigo 2º da Emenda Constitucional nº 25, de 14 de fevereiro de 2000.

Art. 6º – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 7º – Revogam-se as disposições em contrário.

Procede a ação.

Colhe-se dos autos que as emendas parlamentares ao projeto do Plano Plurianual foram aprovadas em sessão distinta e posterior, ou seja, na mesma sessão na qual aprovadas as emendas ao projeto relativo a Lei de Diretrizes Orçamentárias.

É certo que após a aprovação do projeto de lei pelo Poder Legislativo não é mais possível a discussão da matéria, de forma indefinida, muito menos para que, em oportunidade futura e em outra sessão, seja aprovada emenda àquele texto aprovado, na forma que dispõe o art. 28, da Constituição Estadual:

Artigo 28 – Aprovado o projeto de lei, na forma regimental, será ele enviado ao Governador que, aquiescendo, o sancionará e promulgará.

§ 1º – Se o Governador julgar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á, total ou parcialmente, dentro de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, comunicando, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente da Assembleia Legislativa, o motivo do veto.

§ 2º – O veto parcial deverá abranger, por inteiro, o artigo, o parágrafo, o inciso, o item ou alínea.

§ 3º – Sendo negada a sanção, as razões do veto serão comunicadas ao Presidente da Assembleia Legislativa e publicadas se em época

Acesso ao Sumário

de recesso parlamentar.

§ 4º – Decorrido o prazo, em silêncio, considerar-se-á sancionado o projeto, sendo obrigatória a sua promulgação pelo Presidente da Assembleia Legislativa no prazo de dez dias.

§ 5º – A Assembleia Legislativa deliberará sobre a matéria vetada, em único turno de votação e discussão, no prazo de trinta dias de seu recebimento, considerando-se aprovada quando obtiver o voto favorável da maioria absoluta de seus membros.

§ 6º – Esgotado, sem deliberação, o prazo estabelecido no § 5º, o veto será incluído na ordem do dia da sessão imediata, até sua votação final.

§ 7º – Se o veto for rejeitado, será o projeto enviado para promulgação, ao Governador.

§ 8º – Se, na hipótese do § 7º, a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Governador, o Presidente da Assembleia Legislativa promulgará e, se este não o fizer, em igual prazo, caberá ao Primeiro Vice-Presidente fazê-lo.

De outro lado, a fundamentação apresentada pela Câmara Municipal que, ao aprovar as Emendas à LDO, em sessão distinta da aprovação do Plano Plurianual, estendeu as mesmas emendas à lei municipal que aprovou o PPA, a fim de manter a compatibilidade entre os textos.

O poder de emenda parlamentar em matéria orçamentária tem balizamento constitucional, não podendo ser tecida a "posteriori", mas, previamente, à emenda à LDO, na forma do art. 24, da Constituição Bandeirante:

Artigo 24 – A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

(...)

§ 5º – Não será admitido o aumento da despesa prevista:

1 – nos projetos de iniciativa exclusiva do Governador, ressalvado o disposto no art. 174, §§ 1º e 2º.

(...)

Artigo 144 – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se autoorganizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.

(...)

Artigo 174 – Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão, com observância dos preceitos correspondentes da Constituição Federal:

Acesso ao Sumário

I – o plano plurianual;

II – as diretrizes orçamentárias;

III – os orçamentos anuais.

§ 1º – A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá as diretrizes, objetivos e metas da administração pública estadual para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

§ 2º – A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública estadual, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

§ 3º – Os planos e programas estaduais previstos nesta Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual.

(...)

Assim, a compatibilidade que se exige é das normas subsequentes em face do PPA, e não deste em face da LOA e da LDO.

Caso se constate incompatibilidade destas últimas com o PPA não há margem para o poder de emenda, dada a patente inconstitucionalidade, não se autorizando a extensão das alterações nelas realizadas para o Plano Plurianual, como forma de forjar a compatibilidade exigida, na forma do art. 175 da Constituição Paulista:

Artigo 175 – Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais, bem como suas emendas, serão apreciados pela Assembleia Legislativa.

§ 1º – As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem serão admitidas desde que:

(...)

§ 2º – As emendas ao projeto de lei de diretrizes orçamentárias não poderão ser aprovadas quando incompatíveis com o plano plurianual.

(...)

§ 4º – Aplicam-se aos projetos mencionados neste artigo, no que não contrariar o disposto nesta seção, as demais normas relativas ao processo legislativo.

(...)

Ante o exposto, julga-se procedente a ação, para declarar inconstitucional Lei nº 8.858, de 23 de setembro de 2017, do Município de Franca.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2142720-29.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor SINDICATO DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE URBANO DE PASSAGEIROS DO INTERIOR DO ESTADO DE SÃO PAULO – INTERURBANO, são réus PREFEITO MUNICIPAL DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3737/18)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS e BERETTA DA SILVEIRA.

São Paulo, 3 de outubro de 2018.

ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. São José do Rio Preto. Lei municipal n. 12.930, de 25 de abril de 2018, de iniciativa parlamentar, que "Dispõe sobre a obrigatoriedade de fixação de adesivos com o telefone do 'Disque-denúncia 197' nos ônibus do transporte coletivo urbano" no âmbito daquele Município. Vício de iniciativa caracterizado. Ofensa ao princípio da separação dos Poderes. Lei impugnada que importou a prática de atos de governo e de caráter administrativo, próprios do Poder Executivo. Matéria cuja regulamentação está inserida na esfera privativa do Chefe do Poder Executivo. Violação dos arts. 5º e 47, II, XIV e XIX, a, da Constituição do Estado, aplicáveis aos Municípios por força do

Acesso ao Sumário

art. 144 da Carta Paulista. Norma impugnada que, ademais, importou violação à garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. Dever do Poder Público de manter as condições do contrato no curso de sua execução, até seu termo final. Caracterização de ofensa aos arts. 117, 120 e 159, da Constituição Estadual. Inconstitucionalidade caracterizada. Precedentes deste C. Órgão Especial. Ação procedente.

VOTO

V I S T O S.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, ajuizada pelo Sindicato das Empresas de Transporte Urbano de Passageiros do Interior do Estado de São Paulo – INTERURBANO, em face da Lei n. 12.930, de 25 de abril de 2018, do Município de São José do Rio Preto, a qual *"Dispõe sobre a obrigatoriedade de fixação de adesivos com o telefone do 'Disque-Denúncia-197', nos ônibus do transporte coletivo urbano"*, apontando violação aos arts. 5º, § 1º; 47, XI e XVII; 117; 119; 120; 144 e 159, parágrafo único, da Constituição paulista. Narrou o requerente que a lei indicada decorre de projeto encetado pelo Legislativo municipal, do que se extrai a presença de vício de iniciativa, haja vista que o tema regulado envolve matéria predominantemente de administração pública, reservada à competência do chefe do Executivo local. Disse que o cumprimento da medida imposta pela referida lei causará desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão do serviço público de transporte coletivo de passageiros, o que contraria o disposto nos arts. 117 e 144, da Carta Estadual. Em vista de tais argumentos, requereu seja declarada a inconstitucionalidade do texto impugnado, bem como o deferimento de medida liminar para imediata suspensão da sua eficácia, ante a caracterização do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, aqui presentes porque *"A inusitada aprovação e promulgação da Lei guerreada pode produzir sérios prejuízos aos usuários e munícipes, pois sua aplicação acarretará obrigatoriamente a revisão tarifária, seja com o aumento da tarifa, seja com o incremento de subsídio.* [...]. *O receio de ineficácia, reafirme-se, decorre da possibilidade de alteração imediata do equilíbrio econômico-financeiro do sistema de transporte urbano no Município de São José do Rio Preto, com prejuízo aos próprios usuários"*. A medida liminar foi deferida para determinar a suspensão da vigência e eficácia da legislação questionada até o julgamento definitivo (p. 222/223). O Presidente da Câmara Municipal de São José do Rio Preto apresentou informações referindo-se unicamente quanto à tramitação do Projeto de Lei n. 228/2017 (p. 236/238). Por sua vez, o Prefeito Municipal de São José do Rio Preto prestou

Acesso ao Sumário

informações no sentido de que não há interesse a ser patrocinado em defesa da norma em comento (p. 256/258). Citado, nos termos do artigo 90, § 2º, da Constituição Estadual, o Procurador Geral do Estado se absteve de defender o ato questionado, haja vista tratar-se de matéria de interesse exclusivamente local (p. 264/265). A douta Procuradoria-Geral de Justiça ofertou parecer pela procedência da ação (p. 268/278).

É o relatório.

Pretende o Sindicato das Empresas de Transporte Urbano de Passageiros do Interior do Estado de São Paulo – INTERURBANO ver declarada a inconstitucionalidade da Lei n. 12.930, de 25 de abril de 2018, do Município de São José do Rio Preto, que *"Dispõe sobre a obrigatoriedade de fixação de adesivos com o telefone do 'Disque-denúncia 197' nos ônibus do transporte coletivo urbano"*, e o faz nos seguintes termos (p. 27/28):

"Art. 1º. Fica estabelecido que, em todos os ônibus do transporte coletivo urbano do Município de São José do Rio Preto, deverão ser afixados e mantidos adesivos contendo o número da linha telefônica do serviço Disque-Denúncia – 197, a serem colocados na parte traseira externa, de forma que sejam visíveis pelos motoristas e pedestres.

Parágrafo único. Os adesivos deverão ser confeccionados em tamanho 90cm x 15cm, ocupando a parte traseira externa do veículo, com os dizeres 'Disque-Denúncia 197 (24 horas): abuso sexual (pedofilia), violência e maus-tratos, cometidos contra crianças e adolescentes', conforme modelo constante do Anexo Único desta Lei.

Art. 2º. Esta Lei entra em vigor no prazo de 90 (noventa) dias a contar da data de sua publicação".

Inicialmente, cumpre salientar que a legislação arrostada originou-se do Projeto de Lei n. 228/17, de autoria do Vereador Anderson Branco (cf. p. 28), o que evidencia o vício de iniciativa alegado pelo autor.

Isso porque a Lei n. 12.930, de 25 de abril de 2018, do Município de São José do Rio Preto, invadiu a competência privativa do Chefe do Executivo Municipal ao dispor sobre a obrigatoriedade de afixação de adesivos na frota de ônibus que realizam o transporte coletivo municipal. Não há dúvida de que o tema em questão se insere na organização administrativa do Município e na regulamentação do serviço público de transporte, o que não autoriza a iniciativa por parte do Legislativo local.

De fato, a matéria tratada pela lei em questão, relativa à disciplina dos transportes públicos municipais, situa-se na chamada 'reserva da administração', que compreende as competências próprias de gestão atribuídas exclusivamente ao Poder Executivo (art. 47, II e IX, da Constituição Estadual, aplicável aos Municípios por força de seu art. 144).

Acesso ao Sumário

Dessa forma, a iniciativa do processo legislativo pertencia, privativamente, ao Prefeito Municipal, a teor do disposto no art. 47, II, XIV e XIX, 'a', c.c. artigo 144, da Constituição Estadual, circunstância que torna inafastável a ofensa ao princípio da independência e separação dos Poderes, constante do art. 5º, da CE.

Este Órgão Especial já assentou o entendimento de que o poder de iniciativa de matéria relacionada à administração do Município pertence ao Chefe do Executivo. A este incumbe, portanto, não só o exercício dos atos de gerência das atividades municipais, como também a iniciativa das leis necessárias à execução das tarefas que lhe cabem.

Nesse sentido, confira-se:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 11.855, DE 15 DE DEZEMBRO DE 2015, DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO/SP, QUE 'DISPÕE SOBRE A OBRIGATORIEDADE DE FIXAÇÃO DE ADESIVOS COM OS TELEFONES DO SERVIÇO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR – SAC E OUVIDORIA NOS ÔNIBUS DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO MUNICIPAL' – INICIATIVA ORIUNDA DO PODER LEGISLATIVO LOCAL – INVIABILIDADE – COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DO EXECUTIVO – MATÉRIA RELATIVA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL – ALTERAÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO – DIREITO PREVISTO PELA CONSTITUIÇÃO PAULISTA, VISANDO A PROTEÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO E DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO – VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES – PRECEDENTES – AÇÃO PROCEDENTE". (ADI n. 2232288-90.2017.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Casconi, j. 14.03.2018).

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Municipal nº 5.892, de 17 de novembro de 2016, que 'cria o programa de atendimento e acompanhamento domiciliar ao paciente terminal de câncer no âmbito de Sumaré e dá outras providências'. Deflagração do processo legislativo por parlamentar. Impossibilidade na espécie. Matéria de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo. Afronta aos artigos 5º, 47, II, XI e XIV, e 144, todos da Constituição Estadual. Ingerência nas atividades próprias de direção da cidade. Inadmissibilidade. Previsão de prazo para regulamentação da lei. Imposição ao Executivo de obrigação. Descabimento. Invasão, também neste tópico, do Poder Legislativo na esfera da competência privativa do Chefe do Poder Executivo local. Não cabe ao Poder Legislativo, sob pena de grave desrespeito ao postulado da separação de poderes, ainda que por lei, praticar atos de caráter administrativo próprios do Poder Executivo, cuja atuação privativa na deflagração do processo legislativo está definida no texto constitucional. Essa prática legislativa de invadir a esfera de competência exclusiva do Executivo, quando efetivada, subverte a função primária da lei, transgride o princípio da divisão funcional do poder, representa comportamento heterodoxo da instituição

Acesso ao Sumário

parlamentar e importa em atuação 'ultra vires' do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação político-jurídica, exorbitar dos limites que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais. Fonte de Custeio. Ausência de indicação expressa. Inconstitucionalidade não caracterizada. Artigos 25, 174, inciso III e 176, inciso I, todos da Constituição Estadual. Lei que cria despesas, a despeito da falta de indicação da fonte de custeio, não deve ser declarada inconstitucional, mas apenas fica impedida de ter sua exequibilidade no exercício em que foi criada. Precedentes desta Corte e do E. Supremo Tribunal Federal nesse sentido. Pedido procedente". (ADI n. 2182824-97.2017.8.26.0000, rel. Des. Ricardo Anafe, j. 14.03.2018).

"Direta de inconstitucionalidade. Lei Municipal nº 13.997/2017 que estabelece a 'toda mulher usuária da Rede de Saúde Pública do Município de Ribeirão Preto terá direito à investigação que detecta a trombofilia e em caso de suspeita da doença, ela terá direito ao exame e ao respectivo tratamento no caso positivo da enfermidade'. Vício de iniciativa. Ofensa ao princípio da separação dos poderes. Violação aos artigos 5º, caput; 24, parágrafo 2º, item II; 47, incisos II, XIV e XIX, alínea 'a'; 111 e 144 da Constituição Estadual. Ação Procedente". (ADI n. 2144176-48.2017.8.26.0000, rel. Des. Sérgio Rui, j. 14.03.2018).

Não obstante, a legislação impugnada contém ainda outros vícios que a tornam incompatível com o ordenamento constitucional.

Como é cediço, a fixação das tarifas e preços destinados a remunerar os serviços públicos é atribuição do Executivo local, conforme dispõem os arts. 120 e 159, parágrafo único, da Constituição Paulista, *verbis*:

"Artigo 120 – Os serviços públicos serão remunerados por tarifa previamente fixada pelo órgão executivo competente, na forma que a lei estabelecer".

"Artigo 159 – A receita pública será constituída por tributos, preços e outros ingressos.

Parágrafo único – Os preços públicos serão fixados pelo Executivo, observadas as normas gerais de Direito Financeiro e as leis atinentes à espécie".

Acesso ao Sumário

Tratando-se de contrato administrativo desta natureza, é inegável a incidência do princípio do equilíbrio econômico-financeiro, que deve ser observado pela Administração. A medida imposta pela lei em questão (afixação de adesivos nos ônibus do transporte coletivo municipal) indubitavelmente gerará uma despesa extra para as concessionárias para ser implementada, o que surtirá como efeito a majoração do custo do serviço prestado e a direta afetação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo.

No entanto, referida garantia do equilíbrio econômico-financeiro aos contratos administrativos encontra previsão expressa na Constituição Paulista:

"Artigo 117 – Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

Como se vê, ao editar a Lei n. 12.930/2018, o Município de São José do Rio Preto desprezou a garantia constitucional que assegura o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, a qual impõe a manutenção das condições do pacto no curso da execução do contrato até seu término.

Acerca do tema, é oportuno o comentário de Marçal Justen Filho no sentido de que: *"A Lei admitiu expressamente o direito ao restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato, mesmo quando a ruptura derivar de eventos previsíveis, desde que imprevisíveis sejam suas decorrências* [...]*"*. De acordo com o autor, ao contratado assiste o direito de *"*[...] *exigir o restabelecimento econômico-financeiro do contrato se e quando vier a ser rompido. Se os encargos forem ampliados quantitativamente ou tornados mais onerosos qualitativamente, a situação inicial será modificada. O mesmo se passará quando atenuados ou amenizados os encargos do contratado* [...]*". "*[...] *a Administração tem o dever de ampliar a remuneração devida ao particular proporcionalmente à majoração dos encargos verificados. Deve-se restaurar a situação originária, de molde que o particular não arque com os encargos mais onerosos e perceba remuneração originariamente prevista. Ampliados os encargos, deve-se ampliar proporcionalmente a remuneração".* (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Malheiros, 11ª edição, p. 543).

Nesse mesmo sentido, já se manifestou este Órgão Especial em hipóteses semelhantes:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei n. 5.749, de 5 de abril de 2016, do Município de Catanduva, que concedeu 50% de desconto do valor da tarifa da passagem de ônibus a estudantes que frequentam cursos técnicos e profissionalizantes, no Município de Catanduva. Preliminar – Análise de ofensa a dispositivos da Lei Orgânica do Município. Inadmissibilidade. Ausência de parametricidade. Vício material. Ocorrência. Criação de despesas para os cofres públicos sem indicação da fonte dos recursos necessários para fazer frente à majoração do subsídio. Violação à garantia do equilíbrio econômico-financeiro. Dever de manter as condições do contrato no curso de sua execução, até seu término. Ofensa aos arts. 25 e 117 da CE/89. Vício formal – Competência do Executivo para fixar a política tarifária de transporte público – Vício de iniciativa. A matéria regulamentada pela norma impugnada

Acesso ao Sumário

insere-se no âmbito da competência legislativa atribuída pela Constituição ao chefe do Poder Executivo Municipal, por ser inerente ao planejamento e organização do Município – Violação aos arts. 5º, 25, 47, II, XIV e XIX, 120 e 159, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144, todos da Constituição Paulista. Precedentes. Ação procedente." (ADI n. 2104997-10.2017.8.26.0000, rel. Des. Carlos Bueno, j. 18.10.2017).

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 5.011, de 02 de agosto de 2016, do Município de Suzano. Concessão de isenção da tarifa de transporte coletivo aos trabalhadores desempregados que buscam nova colocação no mercado de trabalho. Iniciativa oriunda do Poder Legislativo local. Inviabilidade. Competência legislativa privativa do Executivo. Matéria relativa à administração pública municipal. Alteração do equilíbrio econômico-financeiro. Direito previsto pela Constituição paulista, visando à proteção do contrato administrativo e da continuidade do serviço público. Fiscalização e regulamentação dos serviços públicos são atribuições privativas do Poder Executivo – Violação à separação dos poderes – Ação procedente." (ADI n. 2175512-07.2016.8.26.0000, rel. Des. Francisco Casconi, j. 22.03.2017).

"Direta de Inconstitucionalidade. Lei Municipal nº 13.207, de 21 de outubro de 2001 que: 'dispõe sobre orientação e o auxílio ao usuário dos ônibus que integram o sistema de transporte coletivo', da cidade de São Paulo. Preliminar. Extinção do feito sem julgamento do mérito por inexistir interesse processual. Impossibilidade. Condição da ação se faz presente. Vício no processo legislativo lastreado em parâmetros constitucionais. Vício formal e material. Existência. Matéria relativa à Administração Municipal, de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo. Vício de iniciativa e violação ao princípio da separação dos Poderes. Interferência diretamente na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo firmado entre o Poder Público e as empresas prestadoras do serviço de transporte. Afronta aos artigos 5º, 47, incisos II, XIV e XVIII, e 144, da Constituição Estadual. Modulação de Efeitos. Necessidade. Lei que vigora há 15 anos. Presentes os requisitos destinados para avaliar a imprescindibilidade dos efeitos da declaração. Razões de segurança jurídica já bastariam à justificativa. Excepcional interesse social plenamente demonstrado. Gestão Municipal deverá conduzir eventual transformação na forma de prestação do essencial serviço público de transporte, ajustando-se à nova realidade emanada dessa declaração de inconstitucionalidade, sem que da mudança decorra prejuízo à população. Efeito da declaração a produzir-se com o término 120 dias, contados da data deste julgamento colegiado. Ação julgada procedente, com modulação de efeitos." (ADI n. 2126725-44.2016.8.26.0000, rel. Des. Péricles Piza, j. 07.06.2017).

Acesso ao Sumário

Confira-se, por oportuno, trecho do parecer ofertado pela douta Procuradoria-Geral de Justiça: "[...] *Quando o Poder Legislativo do Município*

edita lei disciplinando atuação administrativa, como ocorre, no caso em exame, determinando a obrigatoriedade de fixação de adesivos nos ônibus do transporte coletivo urbano, invade, indevidamente, esfera que é própria da atividade do Administrador Público, violando o princípio da separação de poderes. Cabe essencialmente à Administração Pública, e não ao legislador, deliberar a respeito da conveniência e oportunidade da criação e regulamentação dos serviços em benefício dos cidadãos. Trata-se de atuação administrativa que fundada em escolha política de gestão, na qual é vedada intromissão de qualquer outro poder. A inconstitucionalidade, portanto, decorre da violação da regra da separação de poderes, prevista na Constituição Paulista e aplicável aos Municípios (arts. 5º, 47, II, XIV e XIX, a, e 144). [...] *Além disso, o ato normativo impugnado ao estabelecer novas obrigações a serem cumpridas pelas empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público de transporte público urbano, cuja realização demanda dispêndio de recursos, incorre em interferência no equilíbrio econômico-financeiro do ajuste, em afronta ao art. 117 da Constituição Estadual.* [...] *A imposição de obrigação às empresas concessionárias de transporte público, não prevista previamente no edital licitatório, têm repercussão material no custo da atividade sem previsão de fonte de custeio. Isso é capaz de afetar o equilíbrio econômico-financeiro dos respectivos atos ou contratos de delegação, violando o art. 117 da Constituição Estadual, na medida em que a tarifa (preço público) fixado pelo Poder Executivo deve corresponder à remuneração pelo custo decorrente da execução delegada do serviço público. Para superação da ruptura do equilíbrio econômico-financeiro, a obrigação contida na lei municipal contestada demandará aumento tarifário, suprimindo juízo de conveniência e oportunidade da competência do Poder Executivo, tal como previsto nos arts. 120 e 159, parágrafo único, da Constituição do Estado de São Paulo* [...]*".*

É irrecusável, portanto, a incompatibilidade da legislação municipal impugnada com os artigos 5º; 47, II, XIV e XIX, 'a'; 117; 120; 144 e 159, da Constituição Estadual, razão pela qual deve mesmo ser declarada inconstitucional e suprimida do ordenamento jurídico.

Ante o exposto, por meu voto, julga-se procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 12.930, de 25 de abril de 2018, do Município de São José do Rio Preto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2116156-13.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo,

em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MOGI DAS CRUZES e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MOGI DAS CRUZES.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE, COM EFEITO 'EX NUNC'. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.353)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA e ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 3 de outubro de 2018.

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIRETOR CORREGEDOR DA GUARDA MUNICIPAL. CARGO DE LIVRE PROVIMENTO EM COMISSÃO DEFINIDO PELA LEI Nº 7.314, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2017, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO INCISO I, § 2º DO ART. 1º DA LEI Nº 7.094, DE 18 DE DEZEMBRO DE 2015, DO MUNICÍPIO DE MOGI DAS CRUZES.

1 – Cargo de Diretor Corregedor da Guarda Municipal, inicialmente criado como função de confiança, a ser provido por servidor de carreira. Posterior alteração legislativa que o transforma em cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração.

2 – A função de Diretor Corregedor deve ser exercida por servidor de carreira, pois pressupõe o conhecimento específico das funções e da estrutura administrativa da Guarda Municipal do Município, a fim de bem processar as reclamações, apurar as denúncias e promover os procedimentos instaurados contra seus componentes. É absolutamente

Acesso ao Sumário

incompatível com as atribuições de Corregedor a livre escolha e a nomeação de qualquer pessoa. Afinal, trata-se de relevante função de direção e de chefia que só pode ser atribuída a servidor ocupante de cargo efetivo, em função da adição de atribuições que se impõe ao Corregedor. Trata-se, em última análise, de atribuição que requer conhecimento técnico, de tal forma que deve haver uma adição ou um acoplamento de atribuições ao servidor efetivo, de carreira, que pertence à mesma unidade administrativa cujas competências incluam as atividades próprias do cargo efetivo.

3 – Violação aos arts. 111 e 115, V, 144, da Constituição Estadual.

4 – Na técnica da interpretação conforme à Constituição, afere-se que apenas uma única interpretação do texto é possível. Isso porque, a norma, em sua substância, seria tida inicialmente por inconstitucional. Entretanto, para conservar sua conformidade constitucional, o Tribunal extirpa todas as interpretações desconformes e determina que se passe a aplicar exclusivamente aquela tida como válida.

5 – Parcial procedência da ação para – adotada a técnica da interpretação conforme à Constituição – , declarar que a expressão "Diretor Corregedor" contida no artigo 1º, da Lei nº 7.314, de 30 de novembro de 2017, na parte que conferiu nova redação ao *caput* e ao inciso I do § 2º, do artigo 1º, da Lei nº 7.094, de 18 de setembro de 2015, do Município de Mogi das Cruzes, seja compreendida apenas com o sentido de que referido cargo em comissão seja ocupado tão-só por servidores da respectiva Carreira, modulados os efeitos deste julgamento para incidirem *ex nunc* nos moldes analisados.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Ilustríssimo Procurador Geral de Justiça visando à declaração de inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei 7.314, de 30 de novembro de 2017, do Município de Mogi das

Cruzes, na parte que conferiu nova redação ao inciso I, do § 2º, do artigo 1º, da Lei 7.094, de 18 de dezembro de 2015, do Município de Mogi das Cruzes.

Afirma que a Lei 7.094, de 18 de dezembro de 2015, previa o cargo de Diretor Corregedor da Corregedoria da Guarda Municipal como função de confiança a ser exercida por servidor ocupante de cargo efetivo.

Posteriormente, a Lei 7.314, de 30 de novembro de 2017, conferiu nova redação ao *caput* do artigo 1º e inciso I de seu parágrafo 2º , da Lei 7.094, de 2015, nos seguintes termos:

> ***Art.1º Fica criado o Departamento de Corregedoria na estrutura organizacional básica da Secretaria de Segurança, a que alude o artigo 66 da Lei nº 6.537, de 10 de maio de 2011, que terá a incumbência de:***
>
> ***(...)***
>
> ***§ 2º Ficam criados no Departamento de Corregedoria da Secretaria de Segurança e inseridos no Quadro de Pessoal Permanente da Municipalidade: (NR)***
>
> ***I – Um cargo de Diretor Corregedor, Padrão C-44, isolado e de provimento em comissão e, consequentemente, de livre nomeação e exoneração, nos termos do inciso II do artigo 37 da Constituição Federal, com curso superior na área jurídica, o qual será responsável pelas ações designadas no caput deste artigo, observadas, no que couber, as disposições consubstanciadas no Título V da Lei Complementar nº 82, de 7 de janeiro de 2011.(NR)***
>
> ***(...)***
>
> ***Art. 2º Ao Diretor Corregedor da Guarda Municipal compete:***
>
> ***I – assistir ao Secretário Municipal de Segurança nos assuntos disciplinares;***
>
> ***II – manifestar-se sobre assuntos de natureza disciplinar que devam ser submetidos à apreciação do Secretário Municipal de Segurança, bem como indicar a composição de Comissões Processantes;***
>
> ***III – dirigir, planejar, coordenar e supervisionar as atividades, assim como distribuir os serviços da Corregedoria;***
>
> ***IV – apreciar e encaminhar as representações que lhe foram dirigidas relativamente à atuação irregular de serviços integrantes do Quadro dos Profissionais da Guarda Municipal, bem como propor ao Secretário de Segurança a instauração de sindicâncias administrativas e de procedimentos disciplinares, para apuração de infrações administrativas atribuídas aos referidos servidores;***
>
> ***V – avocar, excepcional e fundamentadamente, processos administrativos disciplinares e sindicâncias administrativas instauradas***

Acesso ao Sumário

para a apuração de infrações administrativas atribuídas a servidores integrantes do Quadro de Servidores da Guarda Municipal;

VI – responder consultas formuladas pelos órgãos da Administração Pública Municipal sobre assuntos de sua competência;

VII – determinar a realização de correições extraordinárias nas unidades da Guarda Municipal, remetendo, sempre, relatório reservado ao Secretário de Segurança;

VIII – remeter ao Secretário de Segurança relatório circunstanciado sobre a atuação funcional e pessoal dos servidores integrantes do Quadro de Servidores da Guarda Municipal que se encontrem em estágio probatório, propondo, se for o caso, a instauração de procedimento especial, observada a legislação em vigor;

IX – submeter ao Secretário Municipal de Segurança relatório circunstanciado e conclusivo sobre a atuação pessoal e funcional de servidor integrante do Quadro da Guarda Municipal indicado para o exercício de cargo de chefia ou afins, observadas as disposições legais;

X – praticar todo e qualquer ato ou exercer quaisquer atribuições e competências das unidades ou dos servidores subordinados;

XI – proceder pessoalmente as correições junto aos órgãos subordinados;

XII – aplicar penalidades, na forma prevista em lei;

XIII – julgar recursos de classificação ou reclassificação de comportamento dos servidores integrantes do Quadro da Guarda Municipal.

(...)

Sustenta que as disposições normativas atacadas contrariam os artigos 111, 115, inciso V, e 144, todos da Constituição Estadual, uma vez que o cargo de Diretor Corregedor não pode ser provido por servidor comissionado livremente, mas sim por servidor de provimento efetivo, pois pressupõe conhecimento específico das funções e da estrutura administrativa da guarda civil municipal.

Afirma, assim, que seu provimento deve obrigatoriamente ser precedido de aprovação do servidor em concurso público de provas ou de provas e títulos, não detendo o Município autonomia político-administrativa absoluta nessa seara.

Consequentemente, a criação de cargos de provimento em comissão, de livre nomeação e exoneração, deve se limitar àquelas hipóteses de especial relação de confiança entre o governante e o ocupante da respectiva função, sob pena de burla à regra constitucional de acesso a cargos da Administração via concurso público.

Aponta, assim, necessário o efeito repristinatório do dispositivo ora

Acesso ao Sumário

impugnado, pois o anterior previa que o Diretor Corregedor é função de confiança a ser exercida por servidor ocupante de cargo efetivo.

Diante disso, requer a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei 7.314, de 30 de novembro de 2017, do Município de Mogi das Cruzes, na parte que conferiu nova redação ao inciso I, do § 2º, do artigo 1º, da Lei 7.094, de 18 de dezembro de 2015.

O pleito liminar foi indeferido (fls. 283/287).

Citado regularmente, o Procurador-Geral do Estado declinou de realizar a defesa do ato normativo impugnado, afirmando tratar de matéria de interesse exclusivamente local (fls. 298/299).

O Prefeito Municipal de Mogi das Cruzes prestou informações às fls. 301/305 sustentando a constitucionalidade da norma combatida, afirmando que o cargo em comissão impugnado está em consonância com o disposto no art. 37, inciso V, da Constituição Federal.

Aduz, ainda, que a relação de confiança é necessária entre o Corregedor e o Poder Executivo, eis que não se trata de um mero cargo técnico.

Ressalta, por fim, que a Constituição federal permite, expressamente, a criação de cargos em comissão para o exercício de atribuições de Chefia, como no caso concreto; tudo a demonstrar a improcedência da presente ação.

Apesar de regularmente notificado (fls. 295), transcorreu *in albis* o prazo para apresentação de informações pela Câmara Municipal de Mogi das Cruzes (fls. 306).

Regularmente processada a presente ação, por sua procedência, declarando-se a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 7.314, de 30 de novembro de 2017, na parte que conferiu nova redação ao inciso I do § 2º do art. 1º da Lei nº 7.094, de 18 de dezembro de 2015, do Município de Mogi das Cruzes, foi o parecer ministerial de fls. 309/316.

É o relatório.

A ação é parcialmente procedente.

Acesso ao Sumário

Levanta-se afronta ao artigo 37, inciso V, da CRFB, e 115, inciso V, da Constituição Bandeirante, que conta com a seguinte redação:

Artigo 115 – Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:

V – as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

A interpretação, *in casu*, não precisa se afastar da meramente gramatical.

Somente será lícita a criação de cargos em comissão ou o exercício de função de confiança caso estes se destinem às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

A *mens legis* é a de ter o concurso público como regra (o que também é exposto pelo artigo 37, inciso II, da CRFB). As razões implícitas para tanto, que margeiam a opção pela meritocracia que emana do Concurso Público, acabam apenas por tangenciar a questão.

Não por outra razão o dispositivo que limita a regra geral não deve ser interpretado de modo expansivo. Melhor elucida a hipótese presente a sempre esclarecedora manifestação da doutrina:

"O que se afirma, em apertada síntese, é que a ressalva consignada na segunda parte do artigo 37, II, da Carta Magna tem aplicação restrita a situações em que se observe, de forma irrefragável, a necessidade de vínculo de confiança entre o titular de cargo político e aquele nomeado para desempenhar cargo de provimento em comissão subalterno àquele".[1]

A necessidade do liame firmado pela confiança é também exposto por José Afonso da Silva:

"Independem de concurso as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, II). Justifica-se a exceção, porquanto tais cargos devem ser providos por pessoas de confiança da autoridade a que são imediatamente subordinadas"

Da exposição doutrinária conclui-se que, ausente a necessária relação de confiança e ausente a função de direção, chefia e assessoramento, o cargo há de seguir a regra geral e seu preenchimento, por imposição constitucional, será feito por funcionário, ingresso por meio de concurso público.

Ocorre, no entanto, que no caso concreto o cargo de *Diretor Corregedor* não traz qualquer dúvida de que se trata de chefia, direção e assessoramento, estando, portanto, contido na exceção prevista no artigo 115, inciso V, da Constituição Bandeirante, sendo certo que a impugnação não se restringe ao desempenho de funções meramente técnicas e burocráticas a evidenciar incompatibilidade com o provimento na forma comissionada; o vício da norma, na realidade, relaciona-se à livre escolha e nomeação de qualquer pessoa para seu desempenho.

A doutrina é precisa em distinguir o cargo em comissão da função de confiança:

"Inicialmente, cargo em comissão nada mais é que um lugar no quadro funcional da Administração Pública que conta com um conjunto de atribuições e responsabilidades de direção, chefia e assessoramento, em que a escolha é baseada na confiança, denominado, por essa razão, de livre-nomeação e

Acesso ao Sumário

1 ARAUJO, Luiz Alberto David. Curso de direito constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. P. 331

exoneração (exoneração ad nutum), vulgarmente chamado cargo de confiança.

De outro lado, tem-se a função. Atualmente, a Constituição Federal só disciplinou expressamente uma hipótese de função, no art. 37, V, o que, para alguns doutrinadores, permite concluir que é a única situação possível no ordenamento vigente. Trata-se da função de confiança, que só pode ser atribuída para as funções de direção, chefia e assessoramento.

(...)

Em outras palavras, o dispositivo constitucional estabelece que as funções de confiança só podem ser atribuídas aos servidores que já são titulares de cargos efetivos, àqueles que estão na intimidade da Administração. Convém lembrar que cargo efetivo é daquele que conta com nomeação em caráter definitivo e com prévia aprovação em concurso público. Dessa maneira, uma pessoa qualquer, que não está nos quadros da Administração Pública, não pode ser titular de uma função pública.

Assim, em razão da previsão constitucional, hoje toda função pública depende indiretamente de prévia aprovação em concurso público com a respectiva nomeação em cargo público efetivo, não existindo essa (função) isoladamente. Assim, todo cargo público tem uma função, e toda função tem como pressuposto a nomeação em um cargo público.

(...)

Considerando que função pública é somente um conjunto de atribuições e responsabilidades, não contando, portanto, com um lugar no quadro funcional da Administração, o constituinte, para evitar que um agente ficasse perdido na estrutura funcional (sem um lugar certo no quadro), decidiu atribuir essas funções aos agentes que já estão no quadro, isto é, que já ocupam um cargo efetivo.

Assim, o servidor titular do cargo efetivo que recebe uma função de confiança contará com: um lugar no quadro funcional, um conjunto de atribuições e responsabilidades e uma remuneração que são elementos correspondentes ao cargo que ocupa e mais um conjunto de atribuições e responsabilidades, que pode ser de direção, chefia e assessoramento, decorrentes da função de confiança. Como contrapartida a esse plus em suas atribuições, o servidor também receberá uma vantagem em sua remuneração, denominada gratificação por função de confiança.

Perceba que a função de confiança não pode ser confundida com o cargo em comissão, que, apesar de também ser baseado na confiança e gozar das atribuições de direção, chefia e assessoramento, conta em sua formação não só com o conjunto de atribuições e responsabilidades, mas também com o lugar no quadro funcional da Administração, podendo, assim, ser ocupado por qualquer pessoa, independentemente de estar ou não na intimidade da estrutura estatal. (gn)

Todavia, o nosso constituinte, preocupado com as intermináveis substituições que ocorrem nos cargos em comissão, e para proteger a continuidade dos serviços públicos, considerando que esses cargos podem

Acesso ao Sumário

ser ocupados por qualquer pessoa, inclusive aquelas não tenham prática na atividade administrativa, ***decidiu reservar um número mínimo, conforme previsão legal, que só pode ser atribuído aos servidores de carreira. Trata-se de servidores titulares de cargos públicos efetivos, que estão estruturados de forma escalonada, com prévia aprovação em concurso público e que teoricamente conhecem a prática administrativa, não comprometendo assim a prestação dos serviços públicos.****"*[2] *(gn)*

Na lição de José dos Santos Carvalho Filho, os titulares de cargos comissionados *"são nomeados em função da relação de confiança que existe entre eles e a autoridade nomeante", estando restritos às funções de chefia, direção e assessoramento que, "em virtude de especificidades funcionais, ostentam certo destaque nos quadros de servidores. Assim, a lei não pode criar cargos dessa natureza para funções permanentes ou de rotina administrativa, próprias das carreiras regulares e dos cargos efetivos. O desvio de finalidade da lei com essa configuração qualifica-a como inconstitucional, evidenciando indesejável burla ao mandamento constitucional."*[3]

As atribuições inerentes aos mais altos cargos da Guarda Municipal, por sua própria natureza, vão além do elemento fidúcia e indubitavelmente exigem o conhecimento específico, teórico e prático, das funções e da própria carreira da Guarda Municipal, sob pena de comprometer o desempenho e importância das atividades a serem exercidas.

Há a considerar, conforme asseverado pelo Ilustre Subprocurador Geral de Justiça que:

"a função de Diretor Corregedor deve ser exercida por servidor de carreira, pois pressupõe o conhecimento específico das funções e da estrutura administrativa da Guarda Municipal do Município, a fim de bem processar as reclamações, apurar as denúncias e promover os procedimentos instaurados contra seus componentes.

É absolutamente incompatível com as atribuições de Corregedor a livre escolha e a nomeação de qualquer pessoa.

Afinal, trata-se de relevante função de direção e de chefia que só pode ser atribuída a servidor ocupante de cargo efetivo, em função da adição de atribuições que se impõe ao Corregedor.

Trata-se, em última análise, de atribuição que requer conhecimento técnico, de tal forma que deve haver uma adição ou um acoplamento de atribuições ao servidor efetivo, de carreira, que pertence à mesma unidade administrativa cujas competências incluam as atividades próprias do cargo efetivo.

Cuida-se de situação que impõe um acréscimo de responsabilidades de natureza correcional ou de supervisão que só pode ser atribuído a servidor ocupante de cargo efetivo.

2 Marinela, Fernanda Direito Administrativo – 10. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.

3 (Manual de Direito Administrativo, editora Atlas, 30ª edição, págs. 644 e 647)

Acesso ao Sumário

Afinal, trata-se de relevante função de direção e de chefia que só pode ser atribuída ao servidor ocupante de cargo efetivo, em função da adição de atribuições que se impõem ao Diretor Corregedor, conforme revelam a descrição de suas funções contidas no art. 2º da Lei 7.314/2017." (gn)

Note-se que referida matéria foi devidamente analisada pelo Eminente Desembargador Renato Sartorelli, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2212226-29.2017.8.26.0000, que se transcreve em parte:

"No tocante aos cargos de 'Ouvidor da Guarda Municipal' e 'Corregedor-Geral da Guarda Municipal', consoante observou a d. Procuradoria Geral de Justiça na exordial, 'o comando, a corregedoria e a ouvidoria da Guarda ***Municipal devem ser exercidos por servidores de carreira, da própria Guarda Municipal, pois pressupõe o conhecimento específico das funções e da carreira, o domínio e a prática na área de segurança e de fiscalização da ordem pública, o conhecimento teórico e prático inerentes àquele que ascende na carreira, até ocupar cargos mais alto da instituição.*** *(...) Trata-se, em última análise, de atribuição que requer conhecimento técnico, de tal forma que deve haver uma adição ou um acoplamento de atribuições ao servidor efetivo, de carreira, que pertence à mesma unidade administrativa cujas competências incluam as atividades próprias do cargo efetivo (cf. fls. 50/51).*

Apesar da existência de determinadas funções de provimento precário relacionadas a cargos de alto escalão, o plexo de atribuições reclama experiência na carreira e profundo conhecimento sobre a instituição, sendo de rigor, por isso, que tais cargos sejam preenchidos por servidores efetivos da respectiva carreira, livremente indicados pelo Chefe do Executivo, tal como se verifica com o Comandante da Guarda Municipal de Amparo que é livremente escolhido dentre os integrantes do quadro (cf. fl. 684)," Grifo nosso

Outrossim, lembremos que na técnica da *interpretação conforme à Constituição*, afere-se que apenas uma única interpretação do texto é possível. Isso porque, a norma, em sua substância, seria tida inicialmente por inconstitucional. Entretanto, para conservar sua conformidade constitucional, o Tribunal extirpa todas as interpretações desconformes e determina que se passe a aplicar exclusivamente aquela tida como válida.

Acesso ao Sumário

Neste passo, há que se restringir o alcance do texto normativo vergastado, de modo a compatibilizá-lo com os preceitos do artigo 115, incisos II e V, da Carta Bandeirante, assentando-se que o cargo de livre nomeação e exoneração de "Diretor Corregedor" previsto no artigo 1º, da Lei nº 7.314, de 30 de novembro de 2017, na parte que conferiu nova redação ao inciso I do § 2º, do artigo 1º, da Lei nº 7.094, de 18 de setembro de 2015, do Município de Mogi das Cruzes **seja ocupado apenas por servidores da respectiva carreira**.

Dada a natureza das atividades desempenhadas pelos detentores do cargo ora tratado – de natureza correcional – impõe-se que os efeitos da presente decisão sejam operados doravante, até mesmo para que não surjam discussões acerca dos atos praticados por eles no desempenho de seu mister.

Posto isto, impõe-se a parcial procedência da ação para – adotada a técnica da *interpretação conforme à Constituição* – , declarar que a expressão "Diretor Corregedor" contida no artigo 1º, da Lei nº 7.314, de 30 de novembro de 2017, na parte que conferiu nova redação ao *caput* e ao inciso I do § 2º, do artigo 1º, da lei nº 7.094, de 18 de setembro de 2015, do Município de Mogi das Cruzes, seja compreendida apenas com o sentido de que referido cargo em comissão seja ocupado tão-só por servidores da respectiva Carreira, modulados os efeitos deste julgamento para incidirem *ex nunc* nos moldes analisados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2099016-63.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CACONDE, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CACONDE.

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 38.635)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), MOACIR PERES, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ADEMIR BENEDITO, SILVEIRA PAULILO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 17 de outubro de 2018.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigo 133, da Lei Orgânica do Munícipio de Caconde – Inobservância do princípio da razoabilidade nos atos administrativos – Celebração de convênios, acordos ou consórcios

pela prefeitura condicionados à prévia autorização ou aprovação da câmara municipal – Atos privativos do Poder Executivo – Violação à separação de poderes e à reserva da administração – Ofensa aos arts. 5º, 47, II e XIV e 144 da Constituição Estadual – Ação procedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito Municipal em face do art. 133, da Lei Orgânica do Munícipio de Caconde.

Alega que a Emenda mencionada fere o disposto nos artigos 23, parágrafo único, 10, 25, 144 e 176, incisos I e II, todos da Constituição Estadual.

Indeferida a liminar (fls. 274/275).

Por sua vez, apresentou o requerente pedido de antecipação de tutela (fls. 284/289), que foi deferido (fl. 335).

O Presidente da Câmara Municipal apresentou petição (fls. 340/343), requerendo a devolução do prazo de 30 dias para oferecimento das informações, bem como o indeferimento da liminar (fls. 340/343).

O requerimento, todavia, foi indeferido (fls. 348/349).

Vieram as informações às fls. 352/385.

Citado, o Senhor Procurador Geral do Estado declinou de oferecer defesa ao ato atacado (fls. 334/334).

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (fls. 1484/1491)

É o relatório.

Assim dispõe as normas guerreadas:

Art. 133 – A concessão ou a permissão de serviço público somente será efetivada com autorização da Câmara Municipal e mediante contrato, precedido de licitação.

§ 1.º – Serão nulas de pleno direito as concessões e as permissões bem como qualquer autorização para a exploração de serviços públicos, feitas em desacordo com o estabelecido neste artigo.

§ 2.º – Os serviços concedidos ou permitidos ficarão sempre sujeitos à regulamentação e a fiscalização da Administração Municipal, cabendo ao Prefeito Municipal aprovar as tarifa respectivas.

Os mecanismos de freios e contrapesos intrínsecos à separação de poderes expressos nos artigos 2º, da Constituição Federal e 5º, Constituição Estadual, garante a autonomia política que orienta a Administração Municipal que lhe é imposto pelos artigos, 29, da Constituição Federal e, art. 47, II e XIV, aplicável

Acesso ao Sumário

aos Municípios por força do art. 144, da Constituição Estadual, que dispõe que:

"Artigo 47 – Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:

(...)

II – exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual;

(...)

XIV – praticar os demais atos de administração, nos limites da competência do Executivo;

(...)"

Desse modo, não cabe à Câmara Municipal autorizar ou aprovar os convênios, consórcios, contratos e/ou acordos celebrados pelo Município, pois tal imposição faria com que o Poder Executivo se tornasse dependente do Poder Legislativo para tomar decisões de cunho administrativo, relacionadas à gestão municipal. Saliente-se que a celebração de convênios, acordos, consórcios e/ou contratos, envolve atos de governo, privativos do Prefeito, devendo-se repelir as normas que levam à indevida interferência nos atos de gestão e, consequentemente, violam o princípio da separação de poderes.

Neste passo, cabe exclusivamente ao Poder Executivo a decisão quanto à celebração de convênios, nas diversas áreas de gestão, envolvendo os órgãos da Administração Pública Federal, Estadual, ou entidades privadas, bem como a de consórcios com outros municípios, prescindindo de autorização legislativa para tanto. Esta característica administrativa vem reforçada pela norma do art. 241 da Constituição Federal, que atribui competência privativa aos Municípios para disciplinar, por meio de lei, os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. Exige-se, portanto, lei geral, tão só para disciplinar aspectos gerais dos consórcios e convênios públicos, e não lei específica, autorizando de modo direto a realização de convênio determinado.

Neste sentido já decidiu este Órgão Especial:

"Ação direta de inconstitucionalidade. Inciso V do artigo 10 da Lei 1.261, de 08 de junho de 2017, de Franco da Rocha, na redação da Emenda Aditiva 01/2017 dispõe sobre ser necessária prévia autorização legislativa para aprovação dos projetos de parcerias público-privadas – Descabimento – Inconstitucionalidade, por ocorrer invasão da competência exclusiva do Poder Executivo. Desrespeito aos artigos 5º, caput, 47, incisos II e XIX, alínea 'a' e 144 da Constituição do Estado. Ação procedente." (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade nº 2124460-35.2017.8.26.0000; Relator(a): Borelli Thomaz; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de

Acesso ao Sumário

Justiça de São Paulo; Data do Julgamento: 08/11/2017).

Isto posto, julga-se procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade art. 133, da Lei Orgânica do Munícipio de Caconde.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2115531-76.2018.8.26.0000, da Comarca São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.496)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ADEMIR BENEDITO, SILVEIRA PAULILO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ e ALEX ZILENOVSKI.

São Paulo, 17 de outubro de 2018.

GERALDO WOHLERS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 14.124, de 07 de fevereiro de 2018, do Município de Ribeirão Preto, que dispõe sobre a Política Municipal de Coleta, Tratamento e Reciclagem de Óleos e Gorduras de Origem Vegetal ou Animal e de Uso Culinário, bem como dá outras providências. Lei municipal de iniciativa parlamentar que disciplina matéria ínsita ao meio ambiente. Cerceamento à participação popular e comunitária durante o processo legiferante respectivo. Ofensa aos artigos 180, inciso II, e 191, ambos da Constituição do Estado de São Paulo. Inconstitucionalidade formal configurada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos, etc...

1. Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pleito liminar, proposta pelo Senhor Prefeito Municipal, buscando a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 14.124, de 07 de fevereiro de 2018, de Ribeirão Preto, promulgada pela Câmara Municipal local após rejeição de veto total do Alcaide, que institui a *Política Municipal de Coleta, Tratamento e Reciclagem de Óleos e Gorduras de Origem Vegetal ou Animal e de Uso Culinário*, bem como dá outras providências.

Sustenta o autor afronta aos artigos 144, 180, incisos II e III, e § 1º, 191 e 193, incisos XIV e XVI, todos da Constituição do Estado de São Paulo, aduzindo, em suma, a não observância do princípio da participação coletiva quando da elaboração da lei municipal combatida, a despeito de versar matéria ambiental (fls. 01/22).

Recusado o provimento preambular (fls. 70/2), declinou de sua intervenção a d. Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo ao argumento de que o ato normativo impugnado versa matéria de interesse exclusivamente local (fls. 81/2).

Pronunciou-se o ilustre representante jurídico da Câmara Municipal, apresentando ponderações em prol da retidão do diploma legislativo ora vergastado (fls. 85/6; documento a fls. 88/101).

Pela procedência da ação opinou a i. Procuradoria-Geral de Justiça, apontando *"outro vício limitado"* relativamente aos artigos 4º, 5º, 6º, 8º e 9º, todos da lei impugnada, uma vez que "o conteúdo dos mencionados artigos implica violação da reserva da Administração em matéria de gestão administrativa e a reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo acerca da organização e funcionamento da Administração Pública" (fls. 104/17).

Em cumprimento ao r. despacho de fls. 119/20 o requerente apresentou cópia do processo legiferante que culminou na aprovação da lei municipal sob exame (fls. 124/56).

É o relatório.

2. Assim dispõe a Lei nº 14.124, de 07 de fevereiro de 2018, do Município de Ribeirão Preto:

"Artigo 1º – Esta lei institui a Política de Coleta, Tratamento e Reciclagem de Óleos e Gorduras de Origem Vegetal ou Animal e de Uso Culinário no Município de Ribeirão Preto – SP.

Artigo 2º – A Política Municipal de Coleta, Tratamento e Reciclagem de Óleos e Gorduras de Origem Vegetal ou Animal e de Uso Culinário tem os seguintes objetivos:

I – incentivar a adoção de medidas que evitem o lançamento de resíduo

Acesso ao Sumário

de óleo e gordura de origem vegetal ou animal e de uso culinário em rede de coleta de esgoto e de drenagem pluvial;

II – reduzir a poluição ambiental dos solos e das águas provocada pelo lançamento de óleo e gordura em rede de coleta de esgoto e de drenagem pluvial;

III – reduzir o gasto de recurso público aplicado em manutenção de rede de coleta de esgoto e de drenagem pluvial;

IV – evitar o entupimento de rede de coleta de esgoto e de drenagem pluvial;

V – informar a população quanto aos riscos ambientais causados pelo despejo de óleos e gorduras de origem animal ou vegetal e de uso culinário na rede de esgoto e as vantagens múltiplas dos processos de reciclagem;

VI – incentivar a prática de reciclagem de óleos e gorduras de origem vegetal ou animal e de uso culinário, doméstico, comercial ou industrial, mediante suporte técnico a cooperativas, associações e empresas que atuem na área de reciclagem;

VII – favorecer a exploração econômica da reciclagem de óleos e gorduras de origem animal ou vegetal e de uso culinário, desde a coleta, transporte e revenda, até os processos industriais de transformação, de maneira a gerar emprego e renda a pequenas empresas.

Parágrafo único – Para fins desta lei, considera-se resíduo de óleo e gordura de origem animal ou vegetal e de uso culinário a sobra descartada após a utilização de óleo e gordura em atividade culinária.

Artigo 3º – A Política Municipal de Coleta, Tratamento e Reciclagem de Óleos e Gorduras de Origem Vegetal ou Animal e de Uso Culinário observará as seguintes diretrizes:

I – discussão, desenvolvimento, adoção e execução de ações, projetos e programas que atendam às finalidades desta lei, reconhecendo-as como fundamentais para o bom funcionamento da rede de esgotos e a preservação dos mananciais;

II – conscientização da população quanto a dano proveniente do descarte residual de óleo e gordura de origem vegetal ou animal no meio ambiente e quanto às vantagens da sua reutilização ou reciclagem;

III – estímulo a iniciativas não governamentais voltadas para a reciclagem, bem como a ações ligadas às diretrizes da Política de que trata esta lei, especialmente as que impliquem geração de trabalho e renda;

IV – busca do cumprimento de metas de proteção ao meio ambiente;

V – promoção de estudo e desenvolvimento de projeto e programa que atenda às finalidades desta lei;

VI – incentivo à cooperação entre a União, o Estado, os Municípios e as organizações não governamentais – ONGs;

VII – implantação e gerenciamento de coleta especial;

VIII – monitoramento do descarte de material originário de limpeza de

Acesso ao Sumário

caixa de gordura realizada por empresa prestadora de serviço dessa natureza.

Artigo 4º – Para a execução dos objetivos propostos no artigo 2° desta lei, o Executivo promoverá:

I – a realização de estudo sobre as formas adequadas de descarte de óleo e gordura de origem animal ou vegetal;

II – a realização de estudo sobre a viabilidade de coleta especial e reaproveitamento do resíduo de óleo e gordura de origem vegetal ou animal, especialmente, para a produção de biodiesel;

III – o desenvolvimento de campanha de conscientização ambiental da população;

IV – o estabelecimento de convênio com empresas e entidades que envolvidas na reciclagem.

Artigo 5º – Para fins do disposto nesta lei, o Executivo instalará no Município, no mínimo, um posto para o recolhimento de resíduo de óleo e gordura de origem vegetal ou animal, podendo utilizar equipamentos públicos já instalados.

Parágrafo único – O recolhimento a que se refere o caput deste artigo será registrado no ato de entrega do resíduo de que trata esta lei, para fins de fiscalização ou bonificação resultante de convênio que vier a ser firmado pelo Executivo.

Artigo 6º – Como medida de incentivo ao recolhimento do resíduo de que trata esta lei, o Executivo poderá criar um sistema de bonificação pecuniária para a entrega dos resíduos.

Parágrafo único – O valor do bônus a que se refere o caput deste artigo será estabelecido no regulamento desta Lei.

Artigo 7º – Ficam obrigados os empreendedores responsáveis por feira e evento realizados em próprio público a instalar recipiente adequado para o recolhimento do resíduo de que trata esta lei.

Parágrafo único – Fica isento da obrigatoriedade de que trata o caput deste artigo o evento em que não haja preparação de alimento e em que não seja utilizado gás liquefeito de petróleo.

Artigo 8º – Para o cumprimento do disposto nesta lei, o Executivo fica autorizado a estabelecer convênio, contrato e parceria com órgão ou entidade pública ou privada.

Artigo 9º – O Executivo fica obrigado a promover campanha para o recolhimento de resíduo originário de óleo e gordura de origem vegetal ou animal e de uso culinário e sobre as consequências desse ato para a preservação do meio ambiente.

Parágrafo único – A campanha de que trata o caput deste artigo deve ser iniciada 60 (sessenta) dias após a data de vigência desta lei.

Artigo 10 – As despesas decorrentes da execução desta lei correrão à conta de dotação orçamentária própria.

Artigo 11 – O Poder Executivo regulamentará a presente lei no prazo de

Acesso ao Sumário

90 (noventa) dias.

Artigo 12 – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação".

3. De rigor a procedência da ação.

Por primeiro cumpre registrar que, como visto, argumentou a i. Procuradoria-Geral de Justiça em seu parecer que ao editar os artigos 4º, 5º, 6º, 8º e 9º da lei hostilizada a Câmara Municipal local usurpou atribuições próprias do Poder Executivo e interferiu em assuntos típicos de gestão administrativa.

Nada obstante, as suscitadas pechas materiais deixam de ser enfrentadas à vista da existência de vício formal a macular a higidez constitucional da **integralidade** do diploma legislativo invectivado.

Assim, como cediço, embora os Municípios sejam inequivocamente dotados de autonomia administrativa, afloram como de compulsória observância os preceitos estabelecidos nas Cartas Constitucionais Federal e Estadual, à luz do artigo 144 da Constituição do Estado de São Paulo.

Pois bem. Institui o Supremo Pacto deste Estado-membro, em seu artigo 180, inciso II, a participação da coletividade na elaboração de diretrizes e normas concernentes ao desenvolvimento urbano, ***in verbis***:

"Artigo 180 – No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão:

II – a participação das respectivas entidades comunitárias no estudo, encaminhamento e solução dos problemas, programas e projetos que lhes sejam concernentes;"

A seu turno, o artigo 191 do mesmo diploma constitucional impõe ao Estado e aos Municípios, com a participação popular, a preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente natural, artificial e do trabalho, conforme se vê:

"Artigo 191 – O Estado e os Municípios providenciarão, com a participação da coletividade, a preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente natural, artificial e do trabalho, atendidas as peculiaridades regionais e locais e em harmonia com o desenvolvimento social e econômico".

Acesso ao Sumário

Da análise conjugada desses dois dispositivos constitucionais extrai-se a necessidade de participação popular na elaboração de normas urbanísticas e ambientais.

Na espécie, a Lei nº 14.124, de 07 de fevereiro de 2018, do Município de Ribeirão Preto, como já visto, cuidou da proteção e aperfeiçoamento do meio ambiente através da coleta, tratamento e reciclagem de óleos e gorduras de origem vegetal ou animal e de uso culinário.

Nota-se, portanto, que a matéria versada no diploma legal combatido corresponde a saneamento ambiental com desdobramentos urbanísticos.

No entanto, conforme se colhe dos autos, no bojo do processo legiferante

que culminou na aprovação da objurgada lei municipal não houve qualquer tipo de consulta aos munícipes (individualmente considerados ou organizados em grupos ou associações), em afronta às exigências constitucionais acima expostas.

Malgrado digna de louvor a lei objeto desta ação - por prevenir os atentados ambientais -, imperiosa exsurgia a observância da sempre desejável participação comunitária antes e durante o processo legislativo respectivo, ainda mais se considerarmos que a execução da política de saneamento ambiental constante do ato normativo sob exame afeta a população local.

Cumpre destacar o que salientou o conspícuo Desembargador Artur Marques por ocasião do julgamento da ADIN nº 994.09.224728-0:

"(...) a participação popular na criação de leis versando sobre política urbana local não pode ser concebida como mera formalidade ritual passível de convalidação. Trata-se de instrumento democrático onde o móvel do legislador ordinário é exposto e contrastado com ideias opostas que, se não vinculam a vontade dos representantes eleitos no momento da votação, ao menos lhe expõem os interesses envolvidos e as consequências práticas advindas da aprovação ou rejeição da norma, tal como proposta" (TJSP, E. Órgão Especial, j. em 05.05.2010).

Destarte, não resguardada a necessária participação comunitária durante o processo legislativo para a criação do ato normativo guerreado, restou configurado vício de inconstitucionalidade formal.

Nesse sentido verte o entendimento deste Augusto Órgão Especial:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 2.493, de 13 de setembro de 2017, que 'dispõe sobre a proibição da utilização, queima e soltura de fogos de artifício de efeito sonoro no município'.

(...)

Norma impugnada, ademais, que apesar de versar sobre defesa e melhoria do meio ambiente – foi votada e aprovada sem que seu projeto tivesse sido submetido à participação popular. Violação do art. 191 da Constituição Estadual. Inconstitucionalidade manifesta. Ação julgada procedente" (ADIN nº 2223516-41.2017.8.26.0000, Relator o insigne Des. Ferreira Rodrigues, j. em 23.05.2018).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Pretensão que envolve a Lei 1.783/2015 do município de São Bento do Sapucaí, que revoga o § 5º do art. 13 da Lei municipal nº 1.592/2013, que vedava a extração de areia ou cascalho dentro da área urbana. (...) Normas acerca de direito urbanístico e ambiental que dependem de participação popular no procedimento, ausente na hipótese – Afronta aos arts. 180, II, 181 e 191 da Constituição Estadual. Ação procedente" (ADIN nº 2056936-55.2016.8.26.0000, Relator o honrado Des. Álvaro Passos, j. em 28.09.2016).

4. Em decorrência do exposto, **julga-se procedente** a ação para declarar

Acesso ao Sumário

inconstitucional a Lei nº 14.124/2018, do Município de Ribeirão Preto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2131028-33.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.717)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ADEMIR BENEDITO, SILVEIRA PAULILO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 17 de outubro de 2018.

FERRAZ DE ARRUDA, Relator

Ementa: DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI 12.954/2018, DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO QUE ISENTA DO PAGAMENTO DE TAXA NA RENOVAÇÃO DE LICENÇA PARA FEIRAS E EXPOSIÇÕES, POR UMA ÚNICA VEZ E POR IGUAL PERÍODO (3 OU 7 DIAS) – LEGISLAÇÃO RAZOÁVEL, DE INICIATIVA PARLAMENTAR, QUE NÃO FERE A RESERVA DE COMPETÊNCIA DO CHEFE DO EXECUTIVO – MATÉRIA TRIBUTÁRIA CUJAS LEIS, AINDA QUE IMPLIQUEM EM RENÚNCIA DE RECEITA, NÃO POSSUEM RESERVA DE INICIATIVA NA CONSTITUIÇÃO – TEMA 682 DE REPERCUSSÃO GERAL – AÇÃO IMPROCEDENTE.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito Municipal de São José do Rio Preto contra a Lei Municipal nº 12.954, de 09 de maio de 2018, que alterou a Lei Municipal nº 12.462, de 20 de outubro de 2016 para permitir a renovação, por uma única vez, por igual período e gratuitamente, da licença concedida na forma de Alvará de Funcionamento para feiras (com validade de 3 dias) e exposições (7 dias), desde que para o mesmo evento (§ 1º, do artigo 1º).

O autor alega, em síntese, ingerência indevida do Legislativo Municipal em atos de gestão da coisa pública não só por impedir que o Município cobre a Taxa de Alvará, mas também por permitir o exercício de atividade privada, sem a devida verificação e acompanhamento do Poder Público.

Alega a existência de ofensa ao disposto nos artigos 10, III, VI e VIII; 41, III e IV; 64, XV e XXVI, todos da Lei Orgânica do Município e artigos 111 e 144, ambos da Constituição Estadual.

Foi indeferida a liminar e a Câmara Municipal prestou informações (págs. 31/33).

O Procurador Geral do Estado manifestou ausência de interesse na defesa do ato que trata de matéria exclusivamente local (págs. 52/53).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela improcedência da demanda (págs. 67/74).

É o relatório.

Decido.

Dispõe a impugnada Lei Municipal 12.954, de 09 de maio de 2018, que *altera a Lei nº 12.462, de 20 de outubro de 2016, que dispõe sobre o licenciamento de atividades econômicas temporárias, em locais públicos ou privados disponibilizados para essa finalidade*:

> *Art. 1º. O § 1º do art. 1º, da Lei n° 12.462, de 20 de outubro de 2016, passa a vigorar com a seguinte nova redação:*
>
> *"Art. 1º . . .*
>
> *§ 1º A licença mencionada no caput deste artigo será concedida na forma de Alvará de Funcionamento a título precário e terá o prazo de validade de 3 (três) dias para feiras e 7 (sete) dias para exposições, podendo ser renovada uma única vez por igual período, para um mesmo evento, gratuitamente."*

Insurge-se o autor alegando, em síntese, a inconstitucionalidade da norma ao argumento de que o Legislativo não pode dispensar pagamento de contraprestação pecuniária (taxa de alvará) necessária para cobrir os custos do exercício do Poder de Polícia Administrativa, que compete ao Poder Executivo.

Acesso ao Sumário

Sustenta que reconhece a legitimidade da iniciativa parlamentar para legislar sobre matéria tributária, mas que esta não se há de confundir com isenção, ou seja, dispensa de receita que interfere diretamente na gestão da coisa pública.

Primeiramente, de rigor asseverar que o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento no sentido de que a competência para iniciar processo legislativo sobre matéria tributária não é privativa do Poder Executivo (STF, AI 805.338-MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 29-06-2010, DJe 04-08-2010; RE 556.885-SP, Rel. Min. Celso de Mello, 17-06-2010, DJe 05-08-2010).

Matéria tributária envolve, por certo, não só a criação de tributos (receitas), mas também eventuais isenções de pagamento dos referidos tributos, o que por sua vez implica em redução de receita.

E não se trata de ingerência no orçamento Municipal, pois, como já decidiu o Ministro Celso de Mello: *a Constituição de 1988 admite a iniciativa parlamentar na instauração do processo legislativo em tema de direito tributário. A iniciativa reservada, por constituir matéria de direito estrito, não se presume e nem comporta interpretação ampliativa, na medida em que, por implicar limitação ao poder de instauração do processo legislativo, deve necessariamente derivar de norma constitucional explícita e inequívoca.* ***O ato de legislar sobre direito tributário, ainda que para conceder benefícios jurídicos de ordem fiscal, não se equipara, especialmente para os fins de instituição do respectivo processo legislativo, ao ato de legislar sobre o orçamento do Estado*** (ADI 724-MC) (grifo nosso).

A questão já foi, inclusive, decidida pelo STF em sede de repercussão geral (Tema 682), onde fixada a tese: *Inexiste, na Constituição Federal de 1988, reserva de iniciativa para leis de natureza tributária, inclusive para as que concedam renúncia fiscal* (ARE 743480, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário virtual, j. 11/10/2013).

E nesse sentido também vem decidindo este Órgão Especial:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei n. 4.768, de 17 de abril de 2014, do Município de Suzano, que 'dispõe sobre a concessão de isenção do pagamento do IPTU aos imóveis locados por templos religiosos'. Ausência de inconstitucionalidade formal decorrente de vício de iniciativa. Entendimento consagrado pelo E. STF de que a competência para iniciar processo legislativo sobre matéria tributária não é privativa do Poder Executivo. Inocorrência de criação de despesa sem a correspondente previsão de custeio. Desrespeito, contudo, ao artigo 163, incisos II e VI, 'b', e § 4º, da Constituição Estadual. Violação ao princípio da isonomia tributária. Dentro do grupo escolhido para se beneficiar da isenção tributária (entidades religiosas que são locatárias de imóveis

Acesso ao Sumário

no Município de Suzano), o estabelecimento de qualquer restrição ou distinção desmotivada representa uma verdadeira violação ao princípio da isonomia e limita indevidamente a liberdade religiosa. Configurada a inconstitucionalidade da expressão 'há pelo menos 06 (seis) meses' (g.n.), constante do caput do artigo 2º da lei vergastada. Ação julgada parcialmente procedente. (ADI nº 2253861-24.2016.8.26.0000, rel. p/ o acórdão Des. Moacir Peres, j. 31-5-2017).

Parâmetro de constitucionalidade. Compatibilidade entre a Lei Complementar Municipal nº 47, de 18.10.2013, de Hortolândia, e dispositivos da Constituição Federal e da Lei Orgânica Municipal. Inadmissibilidade. Aplicação dos artigos 125, § 2º, da Constituição Federal, e 74, VI, da Constituição do Estado de São Paulo. Precedentes. Não conheço da ação quanto aos parâmetros apontados Constituição Federal e LOM. Ação Direta de Inconstitucionalidade Hortolândia. Lei Complementar Municipal nº 47, de 18 de outubro de 2013, de iniciativa parlamentar, concedendo desconto de 50% (cinquenta por cento) do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana IPTU, aos imóveis localizados nas vias públicas onde são realizadas feiras-livres, bem como ao imóvel que tenha instalado em sua calçada, ponto de parada de ônibus. Admissibilidade. Competência concorrente em se tratando de matéria tributária. Art. 61 da Constituição Federal e art. 24 da Constituição Estadual. Precedentes. Improcedente a ação, na parte conhecida. (ADI nº 2.159.221-29.2016.8.26.0000, rel. Des. Evaristo dos Santos, j. em 7-12-2016).

Frise-se, ainda, como bem ponderou o douto Procurador Geral de Justiça oficiante nos autos que *(...) a falta de recursos orçamentários não causa a inconstitucionalidade de lei, senão sua ineficácia no exercício financeiro respectivo à sua vigência – porque, segundo decidido, "inclina-se a jurisprudência no STF no sentido de que a inobservância por determinada lei das mencionadas restrições constitucionais não induz à sua inconstitucionalidade, impedindo apenas a sua execução no exercício financeiro respectivo" (STF, ADI 1.585-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 19-12-1997, v.u., DJ 03-04-1998, p. 01).*

Por fim, não se vislumbra ofensa à isonomia, mostrando-se razoável a lei que exime do pagamento da taxa apenas em caso de renovação, por uma única vez e em período exíguo (3 dias para feiras e 7 dias para exposições).

Isto posto, julgo improcedente a ação.

Acesso ao Sumário

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2114760-98.2018.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é agravado SINDICATO DAS INDÚSTRIAS DE EXPLOSIVOS NO ESTADO DE MINAS GERAIS – SINDIENG.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. ELCIO TRUJILLO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4090/18)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), DAMIÃO COGAN, EUVALDO CHAIB, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, SÉRGIO RUI, BERETTA DA SILVEIRA, ALEX ZILENOVSKI e GERALDO WOHLERS dando provimento ao agravo; e ELCIO TRUJILLO (com declaração), CRISTINA ZUCCHI, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE e ÁLVARO PASSOS negando provimento ao agravo.

São Paulo, 5 de setembro de 2018.

ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, Relator Designado

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo regimental em ação direta de inconstitucionalidade. São Paulo. Lei Municipal n. 16.897, de 23 de maio de 2018, que "Proíbe o manuseio, a utilização, a queima e a soltura de fogos de estampidos e de artifícios, assim como de quaisquer artefatos pirotécnicos de efeito sonoro ruidoso no Município de São Paulo, e dá outras providências". Alegação de incompatibilidade da referida legislação com os arts. 1º, 19, 111, 144 e 191, da Constituição Estadual. Deferimento do pedido liminar, com suspensão da eficácia da legislação impugnada. Agravo interno.

Inexistência de demonstração imediata de violação à separação de poderes ou ao pacto federativo. Direito ao meio ambiente equilibrado que também se insere no conceito de 'interesse local'. Possibilidade de regulação da matéria no âmbito municipal. Agravo interno provido.

VOTO

V I S T O S.

Adotado o relatório elaborado pelo ilustre Relator, Desembargador Elcio Trujillo, com o devido respeito ao entendimento por ele expressado, não se mostram presentes os requisitos de deferimento da medida liminar, razão pela qual o agravo interno merece acolhimento, conforme as razões que seguem.

Destaca-se desde logo a relevância e a abrangência do tema e a existência de fatores jurídicos importantes a serem sopesados, ainda que em sede de juízo provisório, ao lado da alegação de incompatibilidade da lei impugnada com o disposto nos arts. 1º, 19, 111, 144 e 191, da Constituição Estadual.

De fato, a documentação coligida não permite concluir, em análise de pedido de medida liminar, que a Lei n. 16.897, de 23 de maio de 2018, do Município de São Paulo, possa implicar ofensa ao pacto federativo, haja vista que suas disposições coadunam-se com o que pode ser compreendido também sob a rubrica de 'interesse local' e, consequentemente, autorizar a atividade legislativa sobre a matéria, até do ponto de vista ambiental, por parte do Município.

É sabido que a normatividade federal a respeito da fabricação, comércio e uso de artigos pirotécnicos concentra-se, primordialmente, nas disposições do Decreto-Lei n. 4.238, editado em 08 de abril de 1942, e do Decreto n. 3.665, de 20 de novembro de 2000, que *"Dá nova redação ao Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados (R-105)"*. No Estado de São Paulo vige também a Resolução SSP – 154, editada em 19.09.2011.

Não se olvida que os atos normativos acima referidos permitem a fabricação, o comércio e o uso de fogos de artifício, tanto em âmbito nacional quanto estadual, observadas as numerosas restrições que preveem.

Não obstante, há que se considerar que a norma impugnada não proibiu a comercialização e o uso de artigos pirotécnicos no Município de São Paulo, conforme se extrai da sua literalidade:

"LEI Nº 16.897, DE 23 DE MAIO DE 2018.

[...]

Art. 1º Fica proibido o manuseio, a utilização, a queima e a soltura de fogos ***de estampidos*** *e de artifícios, assim como de quaisquer artefatos*

pirotécnicos ***de efeito sonoro ruidoso*** *em todo o território do Município de São Paulo.*

Parágrafo único. ***Excetuam-se da regra prevista no 'caput' deste artigo os fogos de vista, assim denominados aqueles que produzem efeitos visuais sem estampido, assim como os similares que acarretam barulho de baixa intensidade.***

Art. 2º A proibição a que se refere esta Lei estende-se a todo o Município, em recintos fechados e abertos, áreas públicas e locais privados.

Art. 3º O descumprimento ao disposto nessa Lei acarretará ao infrator a imposição de multa na monta de R$ 2.000,00 (dois mil reais), valor que será dobrado na hipótese de reincidência, entendendo-se como reincidência o cometimento da mesma infração num período inferior a 30 (trinta) dias.

Parágrafo único. A multa de que trata o 'caput' deste artigo será atualizada anualmente pela variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, apurado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, acumulada no exercício anterior, sendo que, no caso de extinção deste índice, será adotado outro a ser criado por legislação federal que reflita e reponha o poder aquisitivo da moeda.

Art. 4º As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 5º O Poder Executivo regulamentará a presente Lei no prazo de 90 (noventa) dias, contados da data de sua publicação.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário" (g.n.).

Ao contrário do que ponderou o sindicato autor, verifica-se que a lei mencionada visou precipuamente a impedir a utilização, queima e soltura de fogos de artifício que produzam poluição sonora (estouros, estampidos), os quais são, notadamente, os artefatos dessa natureza que mais malefícios trazem à comunidade e ao meio ambiente, incluída aqui a fauna silvestre e doméstica. Não pretendeu o legislador local proibir a soltura de fogos de artifício de efeito puramente visual nem os *"similares que acarretam barulho de baixa intensidade"* (vide parágrafo único ao art. 1º), cuja natureza se mostra consentânea com os valores sociais e ambientais ora envolvidos e que merecem especial atenção.

Com a devida vênia, a questão merece ser apreciada primordialmente sob o viés da proteção à saúde pública e ao meio ambiente.

A Constituição da República, em seu art. 225, *caput*, dispõe: *"Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".*

Acesso ao Sumário

O § 1º, do art. 225, a seu turno, prevê: *"Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:*

[...]

V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente".

A Lei Federal n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e traz, em seu art. 3º, inciso III, o seguinte conceito:

"Art 3º – Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

[...]

III – poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

[...]

c) afetem desfavoravelmente a biota;

[...]".

Em que pese o fato de a soltura de fogos de artifício se consubstanciar em prática milenar difundida mundialmente e estar frequentemente associada a comemorações e eventos festivos, não se pode desconsiderar a poluição sonora por ela gerada nem seus nefastos efeitos sobre os seres humanos em maior condição de vulnerabilidade (crianças de tenra idade, enfermos, idosos, etc.), bem como a todos os animais a ela expostos.

No espírito da necessária revisão acerca dos parâmetros legais que norteiam a prática em comento, registra-se no Congresso Nacional a tramitação de diversos projetos de lei com vistas a alterar as condições em que se permite o uso de fogos de artifício com efeito sonoro no país, inclusive com proposta de revogação do Decreto-Lei n. 4.238/1942.

Oportuno sejam acrescentadas, exemplificativamente, as justificativas que acompanharam a proposição do PL 6881/2017, as quais revelam a existência de uma opinião crescente em grande parte da sociedade brasileira, que o atual ordenamento jurídico já ampara, e que, muito provavelmente, acabará por atrair a atenção do Congresso Nacional:

"A queima de fogos de artifício causa traumas irreversíveis aos animais, especialmente aqueles dotados de sensibilidade auditiva. Em alguns casos, os cães se debatem presos às coleiras até a morte por asfixia. Os gatos sofrem severas alterações cardíacas com as explosões e os pássaros têm a saúde muito afetada.

Dezenas de mortes, enforcamentos em coleiras, fugas desesperadas, quedas de janelas, automutilação, distúrbios digestivos, acontecem na passagem

Acesso ao Sumário

do ano, porque o barulho excessivo para os cães é insuportável, muitas vezes enlouquecedor.

Os animais não habituados ao barulho ou sons intensos geralmente reagem mal aos ruídos fortes, como de trovões e fogos de artifício. Alguns mostram-se incomodados, mas outros podem mesmo desenvolver fobias e entrar em pânico.

Além de trazerem riscos aos animais, que são reféns do uso dos fogos, estes artefatos podem causar danos irreversíveis às pessoas que os manipulam. Segundo dados da Sociedade Brasileira de Ortopedia e Traumatologia – SBOT, nos últimos vinte anos, foram registrados 122 óbitos por acidentes com fogos de artifício, sendo que 23,8% dos acidentados eram menores de 18 anos. Os casos de acidentes triplicam no período dos festejos católicos, no mês de junho, sendo a Bahia o estado com maior número de casos, seguido por São Paulo e Minas Gerais.

Dados do Ministério da Saúde apontam que mais de 7000 pessoas, nos últimos anos, sofreram lesões resultantes do uso de fogos de artifício. Os atendimentos hospitalares decorrentes dividem-se da seguinte forma: 70% provocados por queimaduras, 20% por lesões com lacerações e cortes; e 10% por amputações de membros superiores, lesões de córnea, perda de visão, lesões do pavilhão auditivo e até perda de audição.

O presente PL não tem como objetivo acabar com os espetáculos e festejos realizados com fogos de artifícios, apenas visa proibir que sejam utilizados artefatos que causem barulho, estampido e explosões, causando risco à vida humana e dos animais. O benefício do espetáculo dos fogos de artifício é visual e é conseguido com o uso de artigos pirotécnicos sem estampido, também conhecidos como fogos de vista.

Adicionalmente, o PL prevê inclusão de pena na Lei de Crimes Ambientais para quem fizer uso de fogos de artifício de estampido. Esta iniciativa está em consonância com crimes ambientais devido a poluição sonora causada e visa dar mais efetividade a esta proibição".

Acesso ao Sumário

Cabe estabelecer paralelo com as legislações municipais e estaduais que estabeleceram restrições ao uso e consumo de tabaco. Em São Paulo, a Lei Municipal n. 14805, de 04 de julho de 2008, proibiu *"fumar em estabelecimentos públicos fechados, onde for obrigatório o trânsito ou a permanência de pessoas"...* como elevadores públicos ou residenciais, veículos de transporte coletivo, hospitais e casas de saúde, auditórios, casas de músicas e espetáculos, estabelecimentos comerciais e bancários, etc.

Em que pesem as afirmações de inconstitucionalidade por agressão aos princípios da razoabilidade, federalismo, simetria e ao direito fundamental à liberdade de iniciativa, o Poder Público Municipal pode impor condições

e limites para exploração de atividades privadas, nos limites do interesse local e da preservação do meio ambiente, tendo em vista a necessidade de compatibilização com os demais princípios, garantias e direitos fundamentais. No caso do controle do tabaco, a saúde e o meio ambiente são protegidos.

"Os preceitos constitucionais que elevam a saúde à estatura de direito social de todos e atribui ao Estado o dever de garanti-la mediante políticas sociais que visem à redução do risco de doenças impõe a adoção de uma agenda positiva voltada à concretização deste direito" (ADI 4874, rel. Min. Rosa Weber).

Em matéria semelhante, pertinente de modo específico ao uso de amianto, o STF, no julgamento das ADI 3406 e 3470, rel. Min. Rosa Weber, considerou que a lei estadual não viola a competência da União para definir normas gerais sobre comércio, consumo e meio ambiente, anotando que a opção de editar normas específicas, mais restritivas que a lei federal, foi uma escolha legítima, no caso, do legislador estadual, no âmbito de sua competência concorrente suplementar. A ministra explicou que não é possível a norma estadual confrontar a diretriz geral federal, mas não há impedimento em adotar uma postura mais cautelosa. Foi dito que a lei local se pautou pelo princípio da precaução, demonstrando a preocupação do legislador com o meio ambiente e a saúde humana, e não criou regulamentação paralela à federal, apenas regulou aspectos relacionados à produção e consumo do amianto. Destacou que a lei estadual não afeta diretamente relações comerciais e de consumo e incide apenas nos limites territoriais do estado, não representando relaxamento das condições mínimas de segurança exigidas na legislação federal para a extração, comercialização e transporte do amianto e dos produtos que o contenham. Admitiu que a lei estadual avance onde a federal parou. *"Ao impor nível de proteção mínima, a ser observada em todos os estados da federação, a lei federal não pode ser apontada como um obstáculo à maximização dessa proteção"*, afirmou a ministra.

O mesmo raciocínio se aplica à legislação municipal.

Como se vê, não tem cabimento a proibição absoluta de fabricação, comércio, manuseio e até soltura e queima de fogos de artifício, mas é possível a restrição à intensidade sonora para proteção da saúde pública e do meio ambiente, sem vulneração aos princípios da livre iniciativa e da razoabilidade, como, aliás, constou expressamente do texto legal impugnado.

Sendo essas as observações pertinentes, impõe-se, com a devida vênia, o provimento do presente agravo interno, a fim de que seja indeferida a medida liminar nos moldes em que pleiteada.

Ante o exposto, por meu voto, dá-se provimento ao agravo interno para cassar a medida liminar deferida no agravo de instrumento.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 33.883)

Vistos.

Não me convenci do desacerto da posição que adotei, não obstante respeitada a posição da douta maioria e, em razão disso, declaro o meu voto.

Trata-se de agravo interno interposto contra a decisão monocrática proferida às fls. 42/45 nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade que, presentes a probabilidade do direito alegado, deferiu o pedido liminar para suspender a eficácia da Lei nº 16.897/2018, do Município de São Paulo.

Em busca de reforma, sustenta a agravante a ausência dos requisitos autorizadores para a concessão da medida antecipatória.

É o relatório.

Ação Direta de Inconstitucionalidade apresentada pelo Sindicato das Indústrias de Explosivos no Estado de Minas Gerais (SINDIEMG).

Busca a autora a declaração da inconstitucionalidade da Lei nº 16.897/2018, do Município de São Paulo, que trata da proibição de manuseio, utilização, queima e soltura de fogos de estampidos e de artifício, assim como de quaisquer artefatos pirotécnicos de efeito sonoro ruidoso no Município de São Paulo – fls. 23/24 (autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade).

Pois bem.

Ainda que pesem as razões que fundamentam o recurso, o agravo interno não deve ser provido.

Cumpre a concessão da liminar desde que presentes a probabilidade do direito alegado e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

A presença das situações supra apontadas é aferida em cognição sumária, vale dizer, conduz aos chamados juízos de probabilidade e verossimilhança (ou seja, as decisões ficam limitadas a afirmar o provável).

Na lição de Luiz Guilherme Marinoni, *"o juiz, quando concede a tutela sumária, nada declara, limitando-se a afirmar a probabilidade da existência do direito, de modo que, aprofundada a cognição, nada impede que o juiz assevere que o direito que supôs existir na verdade não existe"* (*A antecipação da tutela*. São Paulo, Malheiros, 2004, 8ª ed., p. 35).

Ainda: essa análise pressupõe *"(...) saber se é mesmo provável que o dano poderá vir a acontecer caso não concedida a medida, se sua ocorrência é iminente, se a lesão é pouco grave ou seus efeitos são irreversíveis, se o bem que o autor pretende proteger tem primazia sobre aquele defendido pelo réu (o que envolve a questão atinente à importância do bem jurídico) (...)"* (José Miguel Garcia Medina in Direito Processual Civil Moderno, Ed. RT, 2015, p. 472).

A r. decisão recorrida está devidamente fundamentada, invocando, inclusive, precedente do Colendo Órgão Especial.

Conforme anotado pelo Desembargador **DIMAS BORELLI THOMAZ JÚNIOR**, por ocasião da análise do pedido liminar – fls. 42/45[1] (autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade):

"VISTOS.

Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo SINDICATO DAS INDÚSTRIAS DE EXPLOSIVOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS – SINDIEMG para declaração de inconstitucionalidade da Lei 16.897, de 23 de maio de 2018, do Município de São Paulo, que proíbe o manuseio, a utilização, a queima e a soltura de fogos de estampidos e de artifícios, assim como quaisquer artefatos pirotécnicos de efeito sonoro ruidoso no Município de São Paulo e dá outras providências.

Assim pretende o autor, em síntese, por haver invasão de competência normativa constitucionalmente reservada à União e aos Estados, concorrentemente, além de indicar violação ao princípio da razoabilidade e ausência de participação comunitária no processo legislativo.

Entendo ser caso de deferimento liminar para, desde logo, suspender os efeitos da referida lei, porquanto, com a devida vênia, pese embora à inexistência de dúvida sobre reger-se o Município com autonomia, por Lei Orgânica, sempre devem ser atendidos os princípios estabelecidos nas Constituições Federal e Estadual, como determinado por normas de conteúdo cogente (art. 29, CRF; art. 144, CE).

Isso realçado, vê-se haver mesmo a denunciada invasão de competência normativa, pois a legislação municipal indicada na petição inicial dispôs sobre proibição do manuseio, a utilização, a queima e a soltura de fogos de estampidos e de artifícios, assim como quaisquer artefatos pirotécnicos de efeito sonoro ruidoso no Município de São Paulo, em desarmonia com regramentos vigentes sobre o tema em âmbito federal e estadual, editados por força da competência constitucionalmente atribuída à União e ao Estado de São Paulo, concorrentemente.

Assim porque, não se descure, houve edição pela União, no exercício da competência constitucional já referida, de legislação de caráter geral acerca do tema, vale dizer, o Decreto-Lei Federal 4.238/42, a fixar no artigo 1º: são permitidos, em todo território nacional, a fabricação, o comércio e o uso de fogos de artifício, nas condições estabelecidas neste decreto-lei.

Sobre o tema, também já se manifestou recentemente o C. Órgão Especial: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 3.619, DE

1 Decisão proferida em 8 de junho de 2018.

18 DE JULHO DE 2017, DO MUNICÍPIO DE TIETÊ, QUE "DISPÕE SOBRE A PROIBIÇÃO DE QUEIMA, SOLTURA E MANUSEIO DE FOGOS DE ARTIFÍCIO E ARTEFATOS PIROTÉCNICOS QUE CAUSEM ESTAMPIDOS NO MUNICÍPIO DE TIETÊ". [...]. QUESTÃO ABORDADA PELA NORMA MUNICIPAL QUE, ADEMAIS, ESTÁ RELACIONADA AO COMÉRCIO E USO DE MATERIAL BÉLICO. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. REGULAMENTAÇÃO DA QUESTÃO REPORTADA À PRODUÇÃO E COMÉRCIO EM GERAL QUE SE INSERE NA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DA UNIÃO, DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL. LEGISLAÇÃO FEDERAL QUE REGULAMENTOU A QUESTÃO. DECRETO Nº 24.602, DE 06 DE JULHO DE 1934, DECRETO Nº 3.665, DE 20 DE NOVEMBRO DE 2000 E DECRETO LEI Nº 4.238, DE 08 DE ABRIL DE 1942. INEXISTÊNCIA, AINDA, DE PECULIARIDADE LOCAL A AUTORIZAR O MUNICÍPIO A LEGISLAR SOBRE A MATÉRIA. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 21, INCISO VI E 22, INCISO XXI, 24, INCISO V E PARÁGRAFOS E ARTIGO 30, INCISOS I E II, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, APLICÁVEIS POR FORÇA DO PREVISTO NO ARTIGO 144 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. Ao cuidar da proibição de queima, soltura e manuseio de fogos de artifício e artefatos pirotécnicos que causem estampidos no Município de Tietê, a norma viola o princípio do pacto federativo, porquanto referidas matérias, por se enquadrarem no conceito de material bélico, são de competência privativa da União. Ademais, a legislação acerca de comércio e produção, em geral, têm sua competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal. A questão já foi regulamentada pela União e não há peculiaridades locais a autorizarem o Município a legislar a respeito. AFRONTA AO ARTIGO 170, 'CAPUT' E PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, APLICÁVEIS POR FORÇA DO DISPOSTO NO ARTIGO 144 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA. A proibição trazida na norma Municipal, por ser extremamente restritiva, praticamente inviabiliza a atividade econômica, invadindo a livre iniciativa e o exercício de atividade empresarial, princípios resguardados pela nossa Constituição Federal. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO (ADI 2223339-77.2017, rel. Des. AMORIM CANTUÁRIA, j. em 7.3.2018).

Dessarte, mostra-se descabido ao Município de São Paulo editar norma cujo conteúdo contrarie e inove em tema a respeito do qual há reserva constitucional de competência legislativa à União e aos Estados, razão suficiente para, neste momento processual, concluir por credibilidade e verossimilhança, bem como **fumus boni juris**, *razão pela qual defere-se a liminar.*

Comunique-se, oficiando-se para informações pelo Presidente da Câmara Municipal de São Paulo e pelo Prefeito do Município.

Cite-se o D. Procurador Geral do Estado e, oportunamente, colha-se

Acesso ao Sumário

manifestação da D. Procuradoria Geral de Justiça."

Referida liminar foi deferida dentro do juízo de cognição sumária do Relator sendo, portanto, passível de reexame somente em caso de flagrante ilegalidade ou abuso de poder.

Circunstância que, à evidência, não se vislumbra no presente caso.

Ao enfrentar o tema, decidiu o Colendo Órgão Especial:

AGRAVO REGIMENTAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 12.869, de 11 de dezembro de 2017, do município de São José do Rio Preto, que "dispõe sobre a instalação de redes de proteção em janelas e sacadas de edifícios residenciais novos no Município de São José do Rio Preto". Interposição contra decisão que indeferiu liminar. Rejeição. Decisão agravada que ficou apoiada em fundamentação adequada e suficiente para justificar o posicionamento adotado. Agravo desprovido. (Órgão Especial – TJ/SP, Agravo Regimental nº 2252892-72.2017.8.26.0000/50000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, julgado em 21.3.2018, negaram provimento ao agravo, V.U.)

AGRAVO REGIMENTAL. Liminar em ação direta de inconstitucionalidade. Pretensão de revogação ou de modulação de seus efeitos. Inadmissibilidade, face à higidez e subsistência dos motivos ensejadores das medidas decretadas. Decisão correta e, assim, mantida. RECURSO DESPROVIDO. (Órgão Especial – TJ/SP, Agravo Interno nº 2212121-52.2017.8.26.0000/50000, Rel. Des. Beretta da Silveira, julgado em 7.3.2018, negaram provimento ao agravo, V.U.)

AGRAVO REGIMENTAL – DECISÃO DO RELATOR QUE CONCEDEU LIMINAR NOS AUTOS DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – DESPACHO ADEQUADAMENTE MOTIVADO, COM REFERÊNCIA A PRECEDENTES DE FORMA COMPLEMENTAR, E NÃO COMO ÚNICO FUNDAMENTO DECISÓRIO – APRECIAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS ATRELADA AO PRUDENTE ARBÍTRIO E AO LIVRE CONVENCIMENTO DO RELATOR DIANTE DO CONJUNTO PROBATÓRIO ATÉ ENTÃO OFERECIDO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. (Órgão Especial – TJ/SP, Agravo Interno nº 2251526-95.2017.8.26.0000/50000, Rel. Des. João Negrini Filho, julgado em 25.7.2018, negaram provimento ao agravo, V.U.)

Presentes a probabilidade do direito alegado e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, prudente a manutenção da liminar concedida.

Daí porque, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, mantida a r. decisão.

ELCIO TRUJILLO, Desembargador, Relator sorteado vencido

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2125214-40.2018.8.26.0000/50000, 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 agravada ABCR ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONCESSIONÁRIAS DE RODOVIAS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "AFASTARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30174/TJ)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 10 de outubro de 2018.

ÁLVARO PASSOS, Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO – Interposição contra o deferimento do pedido liminar em ação direta de inconstitucionalidade que suspende a eficácia de lei estadual que "determina a retirada das cancelas de todas as praças de pedágio adaptadas ao sistema de pedágio automático – Sem Parar/Via Fácil, Conectcar, Auto Expresso, DBTRANS, etc. – em todas as rodovias do Estado, concedidas ou não" – Ilegitimidade ativa – Não configuração – Entidade de representação de âmbito nacional que detém direito de operação também nos limites dos Estados – Atuação de caráter federal que deriva para as demais esferas – Decisão agravada que está ligada com a presença ou não dos requisitos legais da medida e não esgota o mérito do feito, que será, ao final, julgado, após o completo processamento da ação – Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo interno interposto contra a decisão que, nos autos de ação direta de inconstitucionalidade, concedeu liminar para suspender, até o julgamento do pleito, a eficácia da lei impugnada (Lei nº 16.768/2018), a qual promove a retirada das cancelas das praças de pedágio que possuem sistema de cobrança automática.

Inconformada, a Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo alega, em preliminar, a ilegitimidade ativa da associação em razão de ela ser de representação nacional e não exclusivamente estadual, conforme o previsto no art. 90, V, da Constituição Estadual. No mais, traz argumentações sobre o mérito da ação, justificando a constitucionalidade da lei em questão por entender se tratar de tema de competência concorrente entre os Poderes Legislativo e Executivo.

Após o advento de resposta da impetrante, vieram os autos para julgamento.

É o relatório.

Inicialmente, fica afastada a preliminar suscitada pela recorrente.

Considerando que a demandante possui legitimidade para o ajuizamento desta espécie de ação da Justiça Federal em razão de figurar como representante de caráter nacional, não se vislumbra vedação para esta propositura de âmbito estadual. Atuando na esfera federal, possui a devida legitimidade para a estadual.

A exigência da Constituição Estadual no art. 90, V, impede não a atuação de representante nacional, mas sim de litigante que sequer possua a competência estadual, ou municipal no caso de se discutir tema específico de determinado município.

Observe-se, ainda, que não se trata de entidade que possui, dentro de sua própria organização, diferentes bases de atuação em separado em cada Estado, mas sim uma única que atua no âmbito nacional, de modo que sequer neste aspecto seria possível tentar impedir a sua atuação de defesa de seus interesses no âmbito estadual.

Sobre o tema, este C. Órgão Especial já julgou:

> Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 16.222, de 25 de junho de 2015. Proibição de produção e comercialização de foie gras no âmbito do Município de São Paulo. Sindicato do Comércio Atacadista de Couros e Peles de São Paulo. Pedido de habilitação como amicus curiae. Possibilidade. Inteligência do artigo 7º, parágrafo 2º, da Lei nº 9.868/99. Deferimento. Ação direta de inconstitucionalidade. Preliminares. (i) Ilegitimidade ativa. Inocorrência. Representatividade de caráter nacional com derivação em todas as esferas. Ato normativo impugnado

Acesso ao Sumário

vinculado aos objetivos da autora. Aplicação do artigo 103, inciso IX, da Constituição Federal, e artigo 2º da Lei nº 9.868/1999. (ii) Impossibilidade jurídica do pedido. Descabimento. Competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar ação direta de inconstitucionalidade proposta em face de Lei Municipal, ainda que a ofensa a dispositivos da Constituição Estadual revele estreita correlação com preceitos da Constituição Federal. Inteligência do artigo 125, parágrafo 2º, da CF. Possibilidade de exame da ação com arrimo em aplicação ampla do artigo 144 da Carta Bandeirante. Preliminares rejeitadas. Ação direta de inconstitucionalidade. Comercialização de artigos de couro. Legitimidade ativa e interesse processual da Associação Brasileira das Indústrias de Calçados – Abicalçados. Demanda fundada na usurpação de competência, falta de razoabilidade e ausência da fonte de custeio da despesa haurida da lei. Atribuição legislativa do Município que se circunscreve aos assuntos de interesse local ou caráter supletivo da legislação federal e estadual, não podendo proibir, de forma ampla e geral, a comercialização de determinado produto, interferindo diretamente em sua produção e em seu consumo. Matéria abordada que extrapola o mero interesse local. Afronta aos artigos 111 e 144 da Constituição Estadual. Ação julgada procedente. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2082659-76.2016.8.26.0000 – Órgão Especial – São Paulo – Rel. Sérgio Rui – J. 05/10/2016) *(grifei)*

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Preliminar de ilegitimidade ativa da Associação Nacional de Restaurantes, suscitada pela Procuradoria Geral de Justiça – Dispondo de legitimidade ativa para propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o Colendo Supremo Tribunal Federal, à requerente não se pode negar a mesma legitimidade no âmbito estadual – Preliminar afastada. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 5.537/2013, do Município de Americana, que "dispõe sobre a obrigatoriedade de concessão de desconto e/ou meia porção para pessoas que realizaram cirurgias bariátricas ou qualquer outra gastroplastia em restaurantes que menciona e dá outras providências" – Lei que não trata de nenhuma das matérias de iniciativa legislativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, não invade a esfera administrativa e não viola o princípio da separação de poderes – Inconstitucionalidade inocorrente, no pormenor. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei, todavia, de caráter geral, que regula o comércio e estabelece normas com o fim de proteger ou favorecer determinados consumidores, preenchidas as condições que estabelece – Consumidores, ademais, que por suas condições, não são encontráveis apenas no município em questão, senão em todo o território nacional – Diploma que, nesse passo, regula matéria de exclusiva competência da União (art. 144 da C.F., c.c. arts. 29 e 22, I), extrapolando a permissão constitucional de dispor sobre questão de interesse local, complementarmente às normas federais (art. 30, I e II, da C.F.), e afronta os princípios gerais da atividade econômica e da livre

Acesso ao Sumário

iniciativa (arts. 170, *caput*, e inc. IV, da C.F., c.c. 144 da C.E.). Ação julgada procedente. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2042147-22.2014.8.26.0000 – Órgão Especial – São Paulo – Rel. João Carlos Saletti – J. 04/02/2015) *(grifei)*

Nesse mencionado julgado deste C. Órgão Especial com preliminar semelhante, constam corretas observações no sentido de que "Dispondo de legitimidade ativa para propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o Colendo Supremo Tribunal Federal, à requerente não se pode negar a mesma legitimidade no âmbito estadual. Nada impede que a entidade de âmbito nacional atue nas três esferas, como ocorre neste caso. Quem pode o mais, pode o menos. (...) A entidade sindical ou de classe representativa nacional, portanto, não atua apenas no plano nacional ou federal, senão também nos Estados e nos Municípios. Quem atua no âmbito nacional, representa igualmente nas unidades da Federação e nos municípios" (ADI nº 2042147-22.2014.8.26.0000).

No mérito, tampouco deve ser provido este recurso.

Diante da análise integral dos autos até este momento, mostra-se necessária a manutenção da liminar tal qual lançada. Pela natureza da decisão que deve ser tomada nesta fase de cognição sumária, cabe examinar exatamente a presença ou não de seus requisitos, os quais não se confundem com o mérito do pleito, que, inclusive, pode afastar a liminar ao final, reconhecendo-se que há perigo de demora em razão dos elementos apresentados no sentido de aumento de velocidade após a retirada das cancelas e do risco aos usuários e pessoas que transitam no local, bem como a presença de *fumus boni iuris* em decorrência da necessidade de observância do devido processo legislativo dentro das regras da competência de cada Poder.

As demais alegações apresentadas fogem ao objeto deste agravo que deve se limitar à análise da liminar com a presença ou não de seus pressupostos legais, sendo certo que o mérito de forma integral será concluído, confirmando ou não a liminar, após o completo processamento.

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

Acesso ao Sumário

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2229881-14.2017.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é

agravante PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ, é agravado PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.346)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ALEX ZILENOVSKI, ELCIO TRUJILLO, DAMIÃO COGAN, EUVALDO CHAIB, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, RENATO SARTORELLI e FERRAZ DE ARRUDA negando provimento ao agravo; e ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (com declaração), GERALDO WOHLERS, CRISTINA ZUCCHI, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI e FRANCISCO CASCONI dando provimento ao agravo.

São Paulo, 5 de setembro de 2018.

SÉRGIO RUI, Relator

Ementa: Agravo regimental. Decisão que não concedeu liminar em ação direta de inconstitucionalidade. Inexistência da presença dos requisitos autorizadores da medida. Manutenção da decisão agravada ante a ausência de fundamentos aptos a modificar a convicção outrora aperfeiçoada. Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de agravo regimental tirado pelo Prefeito Municipal de Santo André da decisão que, nos autos da ação direta de inconstitucionalidade, não concedeu a liminar almejada.

Sustenta-se – em síntese – ser de rigor a reforma da r. decisão agravada dada flagrante inconstitucionalidade da lei impugnada, sendo irrelevante o fato de que a norma se encontra em vigor há mais de 27 anos, uma vez que o Prefeito tão logo tomou posse do cargo ajuizou a ação direta de inconstitucionalidade.

Intimado, nos termos do artigo 1.021, parágrafo 2º, do CPC, o agravado prestou informação e defendeu a manutenção da r. decisão agravada (fls.).

A Procuradoria Geral de Justiça lavrou parecer pelo provimento do presente recurso (fls. 20/27).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O recurso não colhe.

Não se verifica eiva na r. decisão agravada, a qual cabe reproduzir, **in verbis**:

"Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pleito liminar, ajuizada pelo Excelentíssimo Senhor Prefeito do Município de Santo André com o escopo de colher declaração de inconstitucionalidade do artigo 8º, inciso V, da Lei Orgânica do Município de Santo André, que determina a competência da Câmara Municipal para autorizar a concessão de serviços públicos.

Sustenta o requerente a manifesta inconstitucionalidade do apêndice em questão, por violação ao princípio da separação dos poderes, na medida em que a matéria diz respeito à organização administrativa, cuja iniciativa legislativa é de competência exclusiva do Chefe do Executivo.

Desta forma, pede a procedência da ação por transgressão aos artigos 5º, 47, incisos II e XIV e 144 da Constituição Estadual.

Na hipótese, em sede de cognição perfunctória, não restaram demonstrados os requisitos autorizadores da medida liminar pleiteada, notadamente o ***periculum in mora****, uma vez que o artigo cuja constitucionalidade é questionada está em vigor há mais de 27 anos.*

Destarte, indefere-se a liminar.

Requisitem-se informações ao Senhor Presidente da Câmara Municipal de Santo André.

Em seguida, cite-se o douto Procurador Geral do Estado para formular defesa que entender cabível, em conformidade com o artigo 90, parágrafo 2º, da Constituição Estadual, e, a seguir, encaminhem-se os autos à Procuradoria Geral de Justiça para manifestação.

Cumpridas as diligências, tornem conclusos".

Na hipótese, os argumentos deduzidos pela agravante se traduzem em valoração do **meritum causae** e, nessa toada, à míngua de comprovação de desacerto – não autorizam a modificação do que restou decidido, quando da análise do pleito liminar, dada a falta dos requisitos autorizadores da medida aventada.

A corroborar, precedentes do Colendo Órgão Especial:

"AGRAVO REGIMENTAL – Decisão que Indeferiu pedido de liminar – Ausência dos requisitos autorizadores da concessão, na forma pretendida – Recurso improvido" (TJSP; Agravo 2016047-25.2017.8.26.0000; Relator: Antonio Carlos Malheiros; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 26/07/2017; Data de Registro: 15/08/2017).

"AGRAVO REGIMENTAL. Decisão que indeferiu liminar em ação direta de inconstitucionalidade, cujo objetivo é a suspensão dos efeitos da Lei Municipal nº 12.689, de 13 de março de 2017, de iniciativa parlamentar,

Acesso ao Sumário

que cria 'Pipódromos no Município de São José do Rio Preto'. Ausência dos requisitos autorizadores para a concessão da cautela. Ilegalidade ou abuso de poder inexistentes. Agravo não provido" (TJSP; Agravo Regimental 2057688-90.2017.8.26.0000; Relator: Tristão Ribeiro; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 07/06/2017; Data de Registro: 08/06/2017).

"DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LIMINAR INDEFERIDA – LEI QUE AUTORIZA O PODER EXECUTIVO A ISENTAR DO PAGAMENTO DE ZONA AZUL AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E OS IDOSOS – AGRAVO REGIMENTAL – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS – RECLAMO QUE NÃO OSTENTA FUNDADAS RAZÕES PARA ABALAR A CONVICÇÃO SUMARIAMENTE FORMADA, ANTE AS CIRCUNSTÂNCIAS DOS AUTOS – QUESTÕES MERITÓRIAS A SEREM ENFRENTADAS OPORTUNAMENTE – RECURSO IMPROVIDO" (TJSP; Agravo Regimental 2043980-70.2017.8.26.0000; Relator: Francisco Casconi; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 17/05/2017; Data de Registro: 18/05/2017).

Portanto, mister se faz a manutenção da decisão agravada cuja negativa de concessão da liminar se dera de forma justificada e em prestígio ao princípio da livre convicção motivada.

Por tais razões, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 4146/18)

Ementa: Agravo regimental em ação direta de inconstitucionalidade. Santo André. Art. 8º, V, da Lei Orgânica do Município de Santo André, que insere entre as atribuições da Câmara Municipal a de *"autorizar a concessão de serviços públicos"*. Alegação de incompatibilidade do referido dispositivo com os arts. 5º; 47, II e XIV, da Constituição do Estado de São Paulo, e 2º; 30, V, e 175, da Constituição da República. Indeferimento do pedido liminar, por falta de demonstração do *periculum in mora*. Agravo interno. Dispositivo impugnado que, ao submeter à competência da Câmara Municipal a autorização para concessão de serviços públicos, colide com o princípio da separação de poderes e viola a reserva da Administração. Irrelevância do decurso do tempo de

Acesso ao Sumário

vigência da norma para a concessão de liminar, em vista da aparentemente flagrante inconstitucionalidade. Presença do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. Agravo interno provido.

V I S T O S.

Consigno, de início, a adoção do relatório elaborado pelo ilustre Relator, Desembargador Sérgio Rui, porém, com o devido respeito ao entendimento por ele expressado, considero presentes os requisitos para o deferimento do pedido liminar, razão pela qual reputo que o presente agravo interno comporta acolhimento, conforme as seguintes razões.

A documentação coligida permite divisar, ainda que em análise de pedido liminar, que a dicção do art. 8º, V, da Lei Orgânica do Município de Santo André, importa ofensa ao princípio da separação dos poderes, além de menoscabo à reserva da Administração.

Dessume-se dos autos que o dispositivo impugnado exige a autorização do Poder Legislativo andreense para todas as concessões municipais de serviços públicos, o que configura patente ofensa ao texto constitucional e, consequentemente, justifica a concessão da liminar para suspender sua eficácia.

Assim dispõe o texto impugnado, constante da Lei Orgânica do Município de Santo André:

"Artigo 8º – Cabe à Câmara, com a sanção do Prefeito, dispor sobre matérias de competência do Município e especialmente:

[...]

V – autorizar a concessão de serviços públicos;"

Aprioristicamente, é possível vislumbrar violação ao princípio da separação de poderes, previsto no art. 5º, *'caput'* e § 1º, e no art. 47, II e XIV, da Constituição do Estado, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144 da Carta Paulista.

Isso porque é da competência exclusiva do Poder Executivo, sem necessidade de autorização legislativa, a decisão quanto à concessão de serviços públicos.

Com efeito, a disciplina da matéria em apreço consubstancia-se em atividade tipicamente administrativa, isto é, de escolha política para a satisfação das necessidades essenciais coletivas dos munícipes. Trata-se, assim, de competência privativa do Poder Executivo, inserida na esfera do poder discricionário da Administração.

Em outras palavras, é atribuição do Poder Executivo deliberar a respeito da conveniência e oportunidade quanto às concessões, vedada intromissão

Acesso ao Sumário

de outro poder. Ao Poder Legislativo compete, primordialmente, a função de elaborar atos normativos revestidos de generalidade e abstração.

Dessa forma, se a Câmara dos Vereadores, a pretexto de exercer o seu mister, edita leis que interferem nas atribuições de outro poder, como se verifica no caso dos autos, caracteriza-se violação à harmonia e independência entre os poderes.

Além disso, a matéria tratada na Lei Orgânica do Município pertence à esfera da chamada 'reserva da Administração', que reúne as competências próprias de administração e gestão, imunes a interferência de outro poder (art. 47, II e XIV da Constituição Estadual), haja vista serem privativas do Chefe do Poder Executivo.

Assim, observa-se que o disposto no art. 8º, V, da Lei Orgânica do Município de Santo André, além de violar o art. 47, II e XIV, da CE, ao estabelecer regras que dizem respeito à gestão do Município, à organização e ao funcionamento do Poder Executivo, também ofende o art. 5º, da CE, na medida em que impõe atribuição ao Poder Executivo.

De outro lado, no que se refere ao tempo de vigência da norma como óbice para a concessão da liminar, é importante lembrar que a manutenção da eficácia de norma flagrantemente inconstitucional pode acarretar efeitos deletérios ao Município, conforme amplamente explanado pelo autor na petição inicial.

Ademais, conforme ponderou a douta Procuradoria-Geral de Justiça, "[...] *a inconstitucionalidade de se exigir autorização legislativa para concessão de serviços públicos consubstancia entendimento pacífico do STF, mediante decisão tomada por seu pleno, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, que deve ser obrigatoriamente seguido por este Colendo Órgão Especial, nos termos do artigo 927 do CPC, sob pena de ofensa do artigo 489 do mesmo diploma processual, que cuida da vinculação dos precedentes judiciais.* [...] *o decurso do tempo não tem o condão de suprir o vício de inconstitucionalidade, mas apenas, cumpridos os requisitos legais, poderia justificar a modulação de efeitos, que em nada se choca com a concessão de liminar que, como se sabe, possui efeito 'ex nunc'.* [...] *Neste sentido, ao discorrer acerca da subsistência, por tempo considerável, de leis flagrantemente inconstitucionais, assim decidiu o Colendo STF: A edição de leis de ocasião para a preservação de situações notoriamente inconstitucionais, ainda que subsistam por longo período de tempo, não ostentam o caráter de base da confiança a legitimar a incidência do princípio da proteção da confiança e, muito menos, terão o condão de restringir o poder da Administração de rever seus atos. A situação de flagrante inconstitucionalidade, tendo em vista que o texto Constitucional não deixa qualquer dúvida quanto à obrigatoriedade de aprovação em concurso público para o desempenho de função notarial ou de registro, não pode ser amparada*

Acesso ao Sumário

em razão do decurso do tempo ou da existência de leis locais que, supostamente, amparam a pretensão de perpetuação do ilícito. Sob outro prisma, deve-se buscar a improrrogabilidade de situações sabidamente inconstitucionais ab ovo. Perfilhando este entendimento, Konrad Hesse (Elementos de Direito Constitucional da República da Alemanha, Porto Alegre: S.A. Fabris, 1998, p. 68) nos ensina que 'na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deve ser dada a preferência àqueles pontos de vista que, sob os respectivos pressupostos, proporcionem às normas da Constituição força de efeito ótima'. (MS 26.860/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 02/04/14)".

Sendo essas as observações que considero pertinentes, entendo, com a devida vênia, pelo provimento do presente agravo interno, a fim de que seja deferida a medida liminar nos moldes em que pleiteada.

Ante o exposto, por meu voto, dá-se provimento ao agravo interno.

ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, Desembargador

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0015471-32.2018.8.26.0000, da Comarca de Embu das Artes, em que é suscitante 9ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 33ª 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 33ª 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 33.506)**

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 e ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 15 de agosto de 2018.
FERREIRA RODRIGUES, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação de obrigação de fazer. Empresa seguradora que – independentemente do pagamento de qualquer despesa – pretende retirar de pátio de estacionamento (de natureza privada) veículo recuperado de sinistro. Litígio entre particulares e que, na verdade, não envolve discussão sobre questão fiscal ou tributária, nem sobre atos ou contratos administrativos, e sim sobre direito obrigacional, relacionado ao pagamento de contraprestação (supostamente) devida ao estabelecimento particular pela prestação de serviços de remoção e estadia. Competência recursal que, nesse caso, deve ser definida com base no artigo 5º, §§ 1º e 3º, da Resolução TJSP nº 623/2013. Precedente. Conflito procedente, reconhecida a competência da 33ª Câmara de Direito Privado.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 9ª Câmara de Direito Público, em razão de decisão monocrática do Eminente Desembargador Eros Piceli afastando a competência da 33ª Câmara de Direito Privado para conhecer do Agravo de Instrumento nº 2008670-66.2018.8.26.0000, interposto nos autos do processo nº 1003307-09.2017.8.26.0176, da 1ª Vara Judicial de Embu das Artes, que versa sobre pedido de liberação de veículo apreendido por autoridade policial, independentemente do pagamento de taxas de estadia e remoção.

O Desembargador Eros Piceli entende que a competência recursal é da Seção de Direito Público diante da disposição da Resolução nº 194/2004, com a redação da Resolução nº 281/2006, por se tratar de questão referente a contratos administrativos (fls. 76/77).

A suscitante (9ª Câmara de Direito Público), por sua vez, sustenta que – não existindo informação de que a ré seja permissionária de serviço público – a competência é da Segunda ou Terceira Subseção de Direito Privado, nos termos do artigo 5º, §§ 1º e 3º, da Resolução nº 623/2013.

A douta Procuradoria de Justiça, com as considerações de fls. 97/102, opinou pela procedência do conflito, reconhecendo-se a competência da 33ª Câmara de Direito Privado.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Nos termos do art. 103 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, *"a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la"*.

No caso, a empresa *AZUL COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS* promoveu a presente ação de obrigação de fazer em face da empresa *MASTER PATIO E ESTACIONAMENTO LTDA-ME*, alegando, em resumo, que atua no ramo de seguros; e que em decorrência do roubo de um veículo segurado, providenciou o pagamento da respectiva indenização à vítima da subtração. Posteriormente, o veículo foi localizado e recolhido ao pátio particular da empresa ré no município de Embu das Artes. A seguradora, então, por ter se subrogado nos direitos do proprietário, pleiteou e obteve (perante a autoridade policial daquele município) autorização para liberação do bem. Ocorre que a ré, pessoa jurídica de direito privado, sem qualquer vínculo com a administração municipal, estaria condicionando a entrega do veículo ao pagamento de despesas com remoção e estadia, com o que não concorda a autora, daí a propositura da ação, com pedido de imediata entrega do bem, independentemente de qualquer pagamento. Ou seja, trata-se de litígio entre pessoas jurídicas de direito privado envolvendo discussão sobre existência ou exigibilidade de obrigação relacionada ao pagamento de contraprestação (por serviços de remoção e estadia) supostamente devida a particular.

Nesse caso, não existindo discussão sobre questão fiscal ou tributária, nem sobre atos ou contratos administrativos, a competência recursal deve ser definida com base (i) no artigo 5º, § 1º, da Resolução TJSP nº 623/2013, que contempla dentre as causas atribuídas (concorrentemente) às Subseções Segunda e Terceira da Seção de Direito Privado as *"ações relativas à locação ou prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia"*; ou (ii) na competência residual do § 3º do mesmo dispositivo.

É o que tem decidido este C. Órgão Especial em casos semelhantes, com destaque para o Conflito de Competência nº 0066650-73.2016.8.26.0000, quando a questão ficou definida nos seguintes termos:

> *"...não há como afirmar que a empresa ré seja permissionária de serviço público, que atua na remoção e guarda de veículos apreendidos no Estado de São Paulo, nem tampouco que a quantia cobrada advém de medida administrativa de recolhimento de veículo no desempenho de atividade pública.*
>
> *Ressalta-se, que o pedido deduzido na inicial é o de 'reconhecimento da inexigibilidade da dívida da Autora – empresa particular – com a empresa ré – pessoa jurídica de direito privado – nos montantes exigidos pela mesma...".*

Acesso ao Sumário

Trata-se, portanto, de ação de inexigibilidade de débitos relativos à remoção e estadia de veículo recolhido em pátio particular, serviços prestados por empresa de personalidade jurídica de direito privado, questão debatida que, evidentemente, envolve entidades privadas, que não está afeta ao Direito Público, mas sim ao Direito Privado" (Conflito de Competência nº 0066650-73.2016.8.26.0000, Rel. Des. João Negrini Filho, j. 10/05/2017).

Sob esse aspecto, é elucidativo o voto convergente declarado, nesse mesmo precedente, pelo eminente Desembargador Beretta da Silveira:

"...No caso presente, o pedido inicial tem seu fundamento em suposta obrigação legal das demandadas no pagamento de despesas de remoção e estadia que seriam devidas em razão da condução e permanência do veículo descrito na inicial da ação ao 'pátio de recolha' administrado pela requerida na ação principal, uma vez flagrado em infração de trânsito (falta de licenciamento).

O que se depreende é que a cobrança levada a efeito na presente ação não diz respeito a 'ações ou execuções de natureza fiscal de interesse da fazenda municipal', de molde a estabelecer-se a competência das Câmaras Especializadas de Direito Público para seu exame e julgamento; ainda que se possa dizer que os valores pleiteados na exordial decorram da prestação de um serviço público, no caso, delegado, não têm a natureza da taxa ou qualquer caráter fiscal ou parafiscal, cuidando-se de simples remuneração ou ressarcimento de despesas a empresa cuja natureza é de direito privado; reforça tal convicção o fato de que o próprio Código de Trânsito Brasileiro, em seu art. 262, § 2°, condiciona a restituição de veículo apreendido ao prévio pagamento de multas impostas, taxas e despesas com remoção e estada, fazendo inteira distinção entre a espécie tributária e aludidas despesas.

Perfeito o eminente Relator ao dizer que 'ação de inexigibilidade de débitos relativos à remoção e estadia de veículo recolhido em pátio particular, serviços prestados por empresa de personalidade jurídica de direito privado, questão debatida que, evidentemente, envolve entidades privadas, que não está afeta ao Direito Público, mas sim ao Direito Privado'.

Atente-se que, no caso, as partes envolvidas da controvérsia são todas ***empresas de personalidade jurídica de direito privado****, diverso das situações que motivaram dois precedentes deste Colendo Órgão Especial (CC nº 0079523-13.2013.8.26.0000, Rel. Des.* ***PAULO DIMAS****, j. 26.06.2013, e CC nº 0169768-07.2012.8.26.0000, Rel. Des.* ***ENIO ZULIANI****, j. 12.09.2012), em que eram partes* ***sociedade de economia mista*** *e aquelas ações deveriam mesmo ser julgadas pelos princípios de direito público que regem os serviços prestados por aqueles entes.*

Bem de ver, portanto, que tais precedentes não se aplicam ao caso ora em tela, justamente pelo fato de a lide ora em debate travar-se entre

Acesso ao Sumário

empresas de personalidade jurídica de direito privado e, portanto, cabe à Seção de Direito Privado dirimir a controvérsia.

Aliás, como já vem acontecendo nos casos que envolvem empresas de personalidade jurídica de direito privado, sem nenhuma relação com matéria relacionada aos princípios de direito público. A saber:

'PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E COBRANÇA – DÉBITO ORIUNDO DA PERMANÊNCIA DE VEÍCULOS ALIENADOS FIDUCIARIAMENTE EM PÁTIO PRIVADO – ÔNUS DEBITADO AO ALIENANTE – OBRIGAÇÃO PROPTER REM – RECURSO NÃO CONHECIDO EM PARTE E, NO REMANESCENTE, IMPROVIDO. As despesas relativas à guarda de veículos, alienados fiduciariamente, em pátio privado, devem ser suportadas pelo credor, que é o proprietário do bem, enquanto que o devedor detém apenas a posse direta.' (Apel nº 0013524-17.2012.8.26.0011, 26ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. ***RENATO SARTORELLI****, j. 10.06.2015).*

'PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – AÇÃO DE COBRANÇA – DÉBITO ORIUNDO DA PERMANÊNCIA DE VEÍCULO ALIENADO FIDUCIARIAMENTE EM PÁTIO PRIVADO – ÔNUS DEBITADO AO ALIENANTE – OBRIGAÇÃO PROPTER REM – DESPESAS DE REMOÇÃO E ESTADIA LIMITADAS A 30 (TRINTA) DIAS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. As despesas decorrentes da permanência do veículo alienado fiduciariamente em pátio público ou privado devem ser pagas pelo credor fiduciário, observado o período de 30 diárias, sendo que o valor a este título despendido pode ser posteriormente cobrado do devedor fiduciante'. (Apel nº 0042402-53.2011.8.26.0506, 26º Câmara de Direito Privado, Rel. Des. ***RENATO SARTORELLI****, J. 28.04.2016).*

Ademais, como foi bem ressaltado pela douta Procuradoria de Justiça, *"como inexiste relação jurídica contratual entre as partes litigantes, as quais são pessoas jurídicas de direito privado, a matéria posta em debate insere-se no âmbito do direito privado, sem qualquer discussão quanto ao direito público"* (fl. 100).

Ante o exposto, julga-se procedente este conflito, declarando-se competente a 33ª Seção de Direito Privado para conhecer e julgar o Agravo de Instrumento nº 2008670-66.2018.8.26.0000.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0018017-60.2018.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é suscitante 32ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 13ª CÂMARA EXTRAORDINÁRIA DE DIREITO

PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 13ª CÂMARA EXTRAORDINÁRIA DA SEÇÃO 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 37.239)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), 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, DAMIÃO COGAN, EUVALDO CHAIB, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, MOACIR PERES e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 12 de setembro de 2018.

PÉRICLES PIZA, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação de Manutenção de Posse. A preambular requer manutenção de posse em imóvel urbano, com proibição de demolição. A competência firma-se pelos termos do pedido inicial (art. 103 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça). Demanda possessória relativa a bens públicos que está afeta à Seção de Direito Público com distribuição preferencial entre a 1ª e 13ª Câmaras (Resolução nº. 623/2013, com a alteração advinda da Resolução nº 785/2017, determina em seu art. 3º, I, I.11).

– Julga-se procedente o conflito de competência, reconhecendo a competência da egrégia 13ª Câmara Extraordinária da Seção de Direito Público, à qual os autos devem ser remetidos para julgamento do recurso interposto.

Acesso ao Sumário

VOTO

I – Trata-se de conflito de competência suscitado pela 32ª Câmara da Seção de Direito Privado no julgamento da Apelação nº. 1034765-41.2014.8.26.0114 interposta contra r. sentença, proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública,

que decidiu Ação de Manutenção de Posse com pedido liminar.

Vejamos.

O referido recurso foi distribuído originariamente para a **13ª Câmara Extraordinária de Direito Público** deste Tribunal Bandeirante, a qual não reconheceu sua competência para exame do tema, sob argumento de que "*conforme já decidido em casos semelhantes, nos quais a temática em voga referia-se a direito de vizinhança e demolição de construção irregular, a presente 14ª Câmara Julgadora mostra-se incompetente para avaliar as questões postas a análise, por não se tratar de ações relativas a tributos municipais e execuções fiscais municipais, tributárias ou não"* (cf. fls. 145/151).

Distribuído o recurso para a **32ª Câmara de Direito Privado**, esta, por sua vez, também não o conheceu, por entender que *"a pretensão da autora é obstar que o Poder Público faça a demolição do mesmo"* (cf. fls. 156/162).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se no sentido de que *"seja julgado procedente este Conflito de Competência suscitado quanto ao recurso de apelação originário do Egrégio Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Campinas/SP, reconhecendo a Colenda 13ª CÂMARA EXTRAORDINÁRIA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO ou a 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, competente para conhecer, processar e julgar o recurso"* (cf. fls. 169/176).

É o relatório.

II – É cediço que nos termos do art. 103 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, *"a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la"*.

Da leitura da petição inicial, requer-se a **manutenção de posse em imóvel urbano** (proibição de demolição, fl. 6 e manutenção da requerente na posse do imóvel, fl. 7).

Em apertada síntese, o imóvel da Requerente foi edificado em terreno destinado à praça pública do Distrito Industrial de Campinas (Decreto Municipal nº. 4.517/1974).

Como bem consignado na contestação da Prefeitura Municipal de Campinas:

> *Visando solucionar a questão habitacional dos moradores da região, o Município, em parceria com o Governo Federal, criou um programa de reassentamento habitacional que está sendo implementado gradativamente.*
>
> *Foi nesse programa de reassentamento habitacional que a Sra. Francisca Marta Ferreira Freitas Barros, então moradora do imóvel localizado na Rua Marambaia, nº 2, foi contemplada e se mudou para o Residencial*

Acesso ao Sumário

Abaeté. E, conforme informações do Coordenador Setorial de Habitação Sudeste – SMH – a Sra. Francisca Marta vendeu para a Autora as telhas, portas, janelas e madeiramento de seu antigo imóvel, que deverá ser demolido. Contudo, a Autora se apossou da casa da Sra. Francisca Marta, derrubou uma parede e interligou os imóveis. (cf. fl. 41).

A natureza do imóvel – se privado ou público – restou reconhecida como controvertida pelo d. Magistrado *a quo*, sob fundamento de que:

Há controvérsia sobre tratar-se ou não de área pública, o que não se mostra relevante, já que não há nestes autos pretensão de natureza possessória ou demolitória da Fazenda contra a requerente.

O que se discute nestes autos é somente se a demolição do imóvel vizinho, que pertencia a pessoa contemplada no Programa Minha Casa Minha Vida, é possível sem afetar o imóvel da requerente (cf. sentença fl. 116).

Neste conflito negativo de competência deve-se indicar a natureza do imóvel para destinação e encaminhamento do feito, eis que se for privado competirá à Seção de Direito Privado; se for público competirá à Seção de Direito Público.

Nesse ponto, extraímos valiosa fundamentação perfilada pela zelosa Procuradoria-Geral de Justiça, a saber:

Pois bem, posta assim a questão, dessume-se que os bens não registrados em nome de pessoas particulares, permanecerão sob o domínio do Município, por quaisquer das espécies de uso, nos ditames do art. 99 do Código Civil de 2002.

Destarte, a área ocupada, em que está encravado o imóvel objeto desta pretensão judicial, até prova contrária, está sob o domínio do Poder Público municipal, sendo, por isso, considerado imóvel público (art. 98, CC/2002). Trata-se, pois, de demanda possessória relativa a bens públicos (cf. fl. 172).

A Resolução nº. 623/2013, com a alteração advinda da Resolução nº 785/2017, determina em seu art. 3º, I, I.11 que: *"Ações de apossamento administrativo, de desistência de desapropriação e de uso e ocupação e reivindicação de bem público"* são afetas à Seção de Direito Público com distribuição preferencial entre 1ª a 13ª Câmaras.

Diante do retromencionado, a solução que se impõe adotar é julgar **procedente** o conflito e reconhecer a competência da suscitada, a egrégia **13ª Câmara Extraordinária da Seção de Direito Público** deste colendo Tribunal de Justiça Bandeirante.

Ante o exposto julgo procedente o conflito de competência, reconhecendo a competência da egrégia **13ª Câmara Extraordinária da Seção de Direito Público**, à qual os autos devem ser remetidos para julgamento do recurso

interposto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0031536-05.2018.8.26.0000, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é suscitante 28ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 12ª 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 37.798)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI e CARLOS BUENO.

São Paulo, 3 de outubro de 2018.

FERRAZ DE ARRUDA, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE OBJETIVA ANULAÇÃO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E DO CONTRATO DELE DECORRENTE, COM REPERCUSSÃO NA ESFERA DO PARTICULAR, ENTÃO CONSUMIDOR DO SERVIÇO OBJETO DO CONTRATO – CONTRATO ADMINISTRATIVO, REGIDO PELO DIREITO PÚBLICO, CUJA ALEGAÇÃO DE NULIDADE DEVE SER EXAMINADA PELA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO, NOS TERMOS DO ARTIGO 3º, I, ITENS I.2 E I.3, DA RESOLUÇÃO Nº

Acesso ao Sumário

623/2013 – PREVENÇÃO RECONHECIDA – CONFLITO PROCEDENTE PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DA 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO PARA O EXAME DO RECURSO DE APELAÇÃO.

VOTO

Cuida-se de conflito de competência suscitado pela 28ª Câmara de Direito Privado em face do v. acórdão da 12ª Câmara de Direito Público deste Tribunal que declinou da competência para o julgamento do recurso de apelação interposto contra sentença que julgou improcedente ação ajuizada pelo Ministério Público em face do Município de Mogi das Cruzes e da empresa Hora Park Sistema de Estacionamento Rotativo Ltda. objetivando anulação do procedimento licitatório (concorrência) e do contrato de concessão dela decorrente.

Entendeu a 12ª Câmara de Direito Público que esta ação civil pública é voltada à tutela dos direitos dos consumidores que pagaram pelo uso das áreas de estacionamento abrangidas pela concessão enquanto outra, anteriormente apreciada pelo referido órgão julgador, tratava da responsabilização pelos atos de improbidade, motivo pelo qual, ainda que oriundas do mesmo contrato de concessão, não haveria de se reputar conexas, máxime porquanto a competência para o exame da matéria, neste caso, é da Seção de Direito Privado.

Sustentou que se tratando de competência em razão da matéria, absoluta, inviável a prorrogação e por isso determinou a remessa à Seção de Direito Privado.

Redistribuído o feito, a 28ª Câmara da Seção de Direito Privado não conheceu do apelo, suscitando o presente conflito ao argumento de que é o pedido inicial que define a competência recursal e na hipótese em tela pediu-se na inicial o reconhecimento da ilegalidade da Concorrência Pública nº 07/08 e do contrato dela decorrente bem como dos autos de infração lavrados e das penalidades aplicadas aos condutores, além da devolução dos valores das multas aplicadas em razão do estacionamento irregular nas áreas abrangidas pelo contrato.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo reconhecimento da competência da 12ª Câmara de Direito Público deste Tribunal.

É o relatório.

A competência recursal firma-se pelos termos do pedido inicial deduzido em juízo, consoante artigo 103 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, "in verbis": *"A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la"*.

Acesso ao Sumário

Conforme se depreende do exame da inicial, o autor ajuizou a presente ação civil pública formulando na inicial os seguintes pedidos:

1) Reconhecer a ilegalidade da Concorrência Pública nº 07/08 da Prefeitura de Mogi das Cruzes e do contrato de concessão dela decorrente, decretando-se sua nulidade ex tunc, nos exatos termos do artigo 2º, alíneas "a" e "c", da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1.965, e do artigo 49, § 2º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1.993;

2) Decretar a nulidade de todos os autos de infração lavrados e das penalidades aplicadas aos condutores pelo Município de Mogi das Cruzes em razão de estacionamento irregular nas áreas mencionadas no Decreto Municipal nº 8.545/08 com base nos chamados "Avisos de Cobrança de Tarifa ACT" emitidos pela empresa "Hora Park Estacionamento Rotativo Ltda.", determinando-se a exclusão definitiva, para todos os efeitos legais, das respectivas anotações no banco de dados do Departamento Estadual de Trânsito de São Paulo – DETRAN/SP;

3) Condenar o Município de Mogi das Cruzes a restituir os valores das multas de trânsito aplicadas aos condutores em razão de estacionamento irregular nas áreas mencionadas no Decreto Municipal nº 8.545/08 com base nos chamados "Avisos de Cobrança de Tarifa ACT" emitidos pela empresa "Hora Park Estacionamento Rotativo Ltda.", acrescidos de juros e correção monetária, a ser apurado em liquidação de sentença, possibilitando-se a habilitação dos lesados, na forma prevista na Lei nº 8.078/90;

4) Condenar o Município de Mogi das Cruzes e a empresa "Hora Park Estacionamento Rotativo Ltda." a devolver aos consumidores os valores das tarifas cobradas dos condutores a partir da implantação do sistema de "zona azul", acrescidos de juros e correção monetária, a ser apurado em liquidação de sentença, possibilitando-se a habilitação dos lesados, na forma prevista na Lei nº 8.078/90.

Pelo que se depreende de um breve exame do narrado na inicial, o Município teria criado por meio de lei municipal áreas de estacionamento denominadas "zona azul", a serem controladas por um particular, mediante contrato de concessão com duração de 10 anos, prorrogável por igual período.

O Ministério Público, reputando inconstitucionais a Lei municipal e os decretos que regularam a atividade, bem como nulos o procedimento licitatório e o contrato dele decorrente, além de abusivas as tarifas cobradas dos usuários e nulas as multas aplicadas por infrações, ajuizou a presente demanda.

Com efeito, trata-se de ação que objetiva, evidentemente, a anulação do procedimento licitatório e do contrato dele decorrente, com consequências que invadem a esfera do particular, consumidor do serviço em questão.

Acesso ao Sumário

Contrato administrativo, regido pelo direito público, cuja nulidade eventual deve ser examinada pela Seção de Direito Público, com fulcro no artigo 3º, I, itens I.2 e I.3, da Resolução nº 623/2013: "Ações relativas a controle e cumprimento de atos administrativos e, mormente, "Ações Relativas a licitações e contratos administrativos".

Ressalte-se, ainda, a existência da prevenção da Câmara suscitada decorrente do prévio exame dos imputados atos de improbidade administrativa decorrentes do mesmo processo de licitação.

Ressoa nítida, pois, a competência da Seção de Direito Público, mais especificamente, de sua 12ª Câmara, para o exame do recurso em debate.

Por todo o exposto, julgo procedente o conflito para declarar competente a 12ª Câmara de Direito Público deste Tribunal para conhecer e julgar o apelo interposto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0026873-13.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 3ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 26ª 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 3ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. ANTONIO CARLOS MALHEIROS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.015)**

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, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SÉRGIO RUI e SALLES ROSSI.

São Paulo, 3 de outubro de 2018.

RICARDO ANAFE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA.

Reparação de danos materiais – Demanda ajuizada contra a Companhia de Engenharia de Tráfego de São Paulo, alegando a falta de sinalização de lombada ocasionando o acidente – Apelação distribuída à 26ª Câmara de Direito Privado que, entendendo pela incompetência do órgão julgador, não conheceu do recurso – Autos redistribuídos à 3ª Câmara de Direito Público, que não conheceu do recurso e suscitou conflito de competência – Pretensão da demanda que se refere à responsabilidade civil extracontratual de empresa concessionária de serviço público – *Faute du service* – Matéria afeta à competência da Seção de Direito Público, nos termos da Resolução nº 623/2013 – Conflito de competência procedente.

Julga-se procedente o conflito de competência para declarar competente a Colenda 3ª Câmara de Direito Público para o julgamento do recurso.

VOTO

1. Trata-se de conflito de competência em apelação interposta pela Companhia de Engenharia de Tráfego de São Paulo (fl. 125/136) e contra decisão que, em ação de rito ordinário ajuizada pelo Estado de São Paulo, objetivando a reparação por danos materiais em um veículo automotor, sob alegação do condutor da viatura policial ter perdido o controle do veículo ao passar por lombada sem sinalização, julgou procedente o pedido (fl. 118/122).

Os autos foram distribuídos à Colenda 26ª Câmara de Direito Privado que não conheceu do recurso, determinando a redistribuição a uma das Câmaras de Direito Público (fl. 163/167).

Redistribuídos os autos, a Colenda 3ª Câmara de Direito Público igualmente não conheceu do recurso e suscitou conflito de competência (fl. 174/178).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é no sentido de reconhecer a competência da Colenda 3ª Câmara de Direito Público para conhecer, processar e julgar o recurso (fl. 185/191).

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

Acesso ao Sumário

3º:

"Art. 3º. A Seção de Direito Público, formada por 8 (oito) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, salvo o 1º Grupo, que é integrado pelas três primeiras Câmaras, e o 7º Grupo, que é integrado pelas Câmaras 14ª, 15ª e 18ª, é constituída por 18 (dezoito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, assim distribuídas:

I – 1ª a 13ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:

(...)

I.7 – Ações de responsabilidade civil do Estado, compreendidas as decorrentes de ilícitos:

(...)

b. extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público, ressalvado o disposto no item III.15 do art. 5º desta Resolução; (Alterado pela Resolução nº 736/2016)"

Como se vê dos autos, conquanto se trate de ação de indenização de danos materiais em veículo automotor, o fundamento invocado pelo autor decorre do fato da inadequada prestação de serviço público (ausência de sinalização de lombada) pela Companhia de Engenharia de Tráfego de São Paulo – CET, concessionária de serviço público, o que teria causado o acidente. Essa é a causa de pedir da ação.

Assim, cumpre observar que a hipótese *sub exame* não pode ser cuidada sob a temática da responsabilidade objetiva (artigo 37, § 6º, da Sexta Carta Republicana), dado que não se trata aqui de apreciação de *facere* danoso (Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *in* Responsabilidade Extracontratual do Estado por Comportamentos Administrativos, *in* RT 552/14), mas sim de um *non facere* de repercussão danosa, caracterizando a hipótese clássica da *faute du service* dos franceses, aqui denominada na doutrina como culpa anônima, ou meramente, por tradução, falta de serviço, que constitui a responsabilidade do Estado por comportamento ilícito, sob o perfil do descumprimento de um dever de agir, no qual a omissão é propositada (dolo) ou gerada por singela incúria, na modalidade de imprudência, negligência ou imperícia – esse ponto merece um parênteses, na medida em que parte dos especialistas entende que mesmo na omissão, a responsabilidade do Estado, quer por força da exegese da norma inserta no artigo 107 da Constituição Federal anterior, quer em razão do preceito esculpido no artigo 37, § 6º, da atual Carta, a Administração responde por responsabilidade objetiva e não subjetiva, conforme desvendado (Cf. Desembargador Álvaro Lazzarini, *in* Responsabilidade Civil do Estado por Atos

Acesso ao Sumário

Omissivos de Seus Agentes, *in* RJTJESP 117/8).

Dessa forma, ainda que se possa discutir a responsabilidade subjetiva ou objetiva, *in casu*, a matéria debatida nos autos efetivamente se insere dentre aquelas passíveis de discussão nas denominadas "ações de responsabilidade civil do Estado, inclusive as decorrentes de ilícitos extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público, ressalvado o disposto no item III.15 do art. 5º desta Resolução", e que são da competência da Seção de Direito Público (da 1ª à 10ª Câmaras), nos termos da redação do artigo 3º, inciso I, item I.7, da Resolução nº 623/2013.

Nesse sentido, julgado do Colendo Órgão Especial:

"Conflito de Competência – Reparação de danos materiais e morais – Ação proposta em face do Departamento de Águas e Esgotos de Ribeirão Preto – DAERP – Acidente com motocicleta em razão de buraco não sinalizado na via – Negligência da concessionária em manter em perfeito estado de conservação as vias e leitos carroçáveis, decorrendo daí a pretensa obrigação de indenizar – Tema que se insere na competência da Seção de Direito Público – Responsabilidade civil extracontratual de empresa concessionária de serviço público – Aplicação do art. 3º, I, item "I.17", da Resolução nº 623/2013, alterada pela Resolução nº 648/2014 – Precedentes do C. Órgão Especial – Conflito procedente – Competente a C. 1ª Câmara de Direito Público da Corte." (Conflito de Competência nº 0012886-07.2018.8.26.0000, Rel. Des. Xavier de Aquino, j. 23/05/2018, v.u.).

Peço vênia para transcrever trecho do voto do eminente Desembargador Relator, que bem se amolda à hipótese, *in verbis*:

"A ressalva de que trata o item I.7, 'b', do artigo 3º, acima referido, é em relação à competência para a Seção de Direito Privado para julgar: 'art. 5º, III.15.

III.15 – Ações de reparação de dano causado em acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado, concessionárias e permissionárias de serviços de transporte, bem como as que digam respeito ao respectivo seguro, obrigatório ou facultativo, além da que cuida o parágrafo primeiro;...'.

Ocorre que não se trata, aqui, de dano causado em 'acidente de veículo' que pressupõe o envolvimento de veículos em trânsito, não se podendo, a meu ver, alargar o significado da expressão para a fixação da competência. No caso em *sub analise*, o Autor da ação, motociclista, sofreu um acidente com sua motocicleta 'em razão de um enorme buraco em plena via pública', sem nenhuma placa de advertência no local, vale dizer, houve, em tese, negligência da concessionária em

Acesso ao Sumário

manter em perfeito estado de conservação as vias e leitos carroçáveis, decorrendo daí a pretensa obrigação dela, concessionária do serviço público, em indenizar.

Neste sentido, aliás, confira-se:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação de reparação de danos – Ato ilícito cuja responsabilidade é atribuída a concessionária de serviço público (SABESP) – Responsabilidade civil extracontratual de empresa concessionária de serviço público – Aplicação do art. 3º, I, item 'I.7', da Resolução nº. 623/2013, alterada pela Resolução nº 648/2014 – Competência da Seção de Direito Público – Fixação da competência da 9ª Câmara de Direito Público – Conflito procedente. (0064124-70.2015.8.26.0000, Rel. Ademir Benedito, j. em 27/01/2016)".

Desta feita, conclui-se que embora a inicial descreva um dano causado por acidente de trânsito, matéria de competência da Seção de Direito Privado, a motivação da *causa petendi*, é a responsabilidade civil do Estado, decorrente de ilícito extracontratual de concessionária de serviço público, atraindo a competência da Colenda Câmara de Direito Público desse Eg. Tribunal de Justiça.

Por epítome, conhece-se do conflito e julga-se procedente o conflito de competência para declarar competente a Colenda 3ª Câmara de Direito Público, 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 3ª Câmara de Direito Público.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0034052-95.2018.8.26.0000, da Comarca de José Bonifácio, em que é suscitante 6ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 6ª 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 42440)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), ANTONIO CELSO AGUILAR

Acesso ao Sumário

CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE e ÁLVARO PASSOS.

São Paulo, 10 de outubro de 2018.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator

Ementa: CONFLITO (NEGATIVO) DE COMPETÊNCIA. 6ª Câmara de Direito Privado e 12ª Câmara de Direito Público. Loteamento irregular. Ação civil pública promovida com a finalidade de regularização do empreendimento, mediante o cumprimento de obrigações de fazer e de não fazer pelos loteadores. Causa de pedir e pedidos que, tal qual sedimentado na jurisprudência deste Colegiado, inserem-se na competência da Subseção I de Direito Privado (art. 5º, I, I.21, Res. OE nº 623/2013). Precedentes. CONFLITO PROCEDENTE, para afirmar a competência da Colenda 6ª Câmara de Direito Privado (suscitante), sob a Relatoria do Juiz Substituto em Segundo Grau Rodolfo Pellizari.

VOTO

Trata-se de **CONFLITO DE COMPETÊNCIA** suscitado por ven. acórdão da Colenda 6ª Câmara de Direito Privado desta Corte, que teve por Relator o Exmo. Juiz Substituto em Segundo Grau **Rodolfo Pellizari**, em face de anterior ven. acórdão da Colenda 12ª Câmara de Direito Público deste Tribunal, em que foi Relator o Exmo. Des. **Souza Meirelles**.

Aduz a suscitante, em síntese, que a causa originária deste conflito (sentença sujeita a reexame necessário proferida em ação civil pública voltada à regularização de loteamento realizado em desacordo com as normas estilares, com imposição de obrigações a serem realizadas em seu interior), subsumir-se-ia nas hipóteses de competência da Seção de Direito Público, e não nas da Subseção I de Direito Privado.

Em seu parecer (fls. 261/268), a d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela procedência do conflito, reconhecendo-se a competência do Colegiado suscitante.

Acesso ao Sumário

É O RELATÓRIO.

Desde logo, cumpre anotar que, conclusos os autos a este Relator, para voto, em 10 de setembro de 2018 (fls. 269), passa-se, por ora, ao imediato enfrentamento da questão proposta, em respeito ao jurisdicionado e à garantia constitucional da celeridade processual (artigo 5º, LXXVIII, CR/88).

Posto isso, cuida-se, na espécie, de ação civil pública atinente ao tema de loteamento irregular, em que o membro do Ministério Público oficiante junto à Comarca de José Bonifácio requer a condenação dos requeridos no cumprimento de obrigações de fazer (consistente, em suma, na regularização do empreendimento, na reparação dos danos ambientais provocados) e de não fazer (qual seja, abster-se da venda de lotes a terceiros e da promoção de alterações nos mesmos) (fls. 02/17).

Julgada procedente, em parte, a demanda (fls. 183/193), subiram os autos para análise da apelação interposta pela Prefeitura Municipal de Mendonça (fls. 206/211) e da remessa necessária (artigo 496, inciso I, NCPC).

Inicialmente distribuído o recurso à Colenda 12ª Câmara de Direito Público desta Corte (fls. 219), em sessão realizada aos 17 de maio de 2017, por ven. acórdão da lavra do n. Relator, Des. **Souza Meirelles**, tal Colegiado declinou da competência para processo e análise da insurgência, asseverando que a matéria ali ventilada fugia daquelas atinentes à jurisdição daquela Seção de Direito Público, competindo, em verdade, à Subseção I de Direito Privado, nos termos do artigo 5º, inciso I, item I.21, da Resolução OE nº 623/2013 e de consolidado entendimento deste Órgão Especial (fls. 226/231).

Assim, redistribuídos os autos à Egrégia 6ª Câmara de Direito Público (fls. 235), esta suscitou, na sessão de 22 de março de 2018, o presente conflito negativo de competência, pois, conforme indicou o Exmo. Relator, o Juiz Substituto em Segundo Grau **Rodolfo Pellizari**, as pretensões ali veiculadas pertenceriam à competência da Seção de Direito Público, em consonância com o artigo 3º, inciso I, item I.12, da Resolução OE nº 623/2013 (fls. 245/251).

Procede o conflito, mas não nos termos aventados pela Colenda Câmara suscitante.

Consta do artigo 5º, inciso I, item I.21, da Resolução OE nº 623/2013 que:

"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".*

Acesso ao Sumário

E, como bem frisou o n. Procurador de Justiça preopinante (fls. 261/268), sobre tal dispositivo já se encontra sedimentado e praticamente pacificado neste Colendo Órgão Especial – e, doravante, passo também a adotá-lo, ainda mais em razão da recente **modificação** da Resolução OE nº 623/2013, na Sessão de 26.07.2017 deste Colendo Órgão Especial – o entendimento de que as causas inerentes a loteamentos irregulares, quando promovidas apenas no intuito de regularizá-los, são, nos termos do artigo 5º, inciso I, item I.21, da Resolução OE nº 623/2013, da competência, para processo e julgamento, pela Subseção I de Direito Privado desta Corte.

A propósito:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Loteamento irregular. Ação civil pública. Suscitação de conflito. Dúvida sobre quem deve julgar a apelação. Necessária atribuição à E. 6ª Câmara de Direito Privado. Tema vibrado que está aderido a situação própria da Res. 623/2013 (art. 5º, inciso I, item I.21, pela veterana redação), em vigor na época da distribuição da irresignação. CONFLITO PROCEDENTE, competente a 6ª Câmara de Direito Privado" (TJ/SP – Órgão Especial – CC nº 0003888-50.2018.8.26.0000 – Rel. Des. **Beretta da Silveira** – j. em 22.03.2018 – V.U.).

"Conflito de competência. Ação civil pública ajuizada contra particulares e o Município de Pilar do Sul, responsáveis por loteamento tido por irregular, com o propósito de que fosse regularizado o parcelamento de solo, em obediência à Lei nº 6.766/79, da legislação municipal e da legislação ambiental de regência, com pedido de condenação concorrente do Município para esse fim. Presença da Municipalidade no polo passivo que, por si só, não desloca a competência para conhecimento da apelação para a Seção de Direito Público. Análise do pedido e causa de pedir. Regularização de loteamento. Ausência de discussão acerca de atos administrativos. Competência da Primeira Subseção de Direito Privado, nos termos da Resolução 623/13, art. 5º, I.21. Precedentes deste Órgão Especial. Conflito procedente, competente a C. Câmara Suscitada, 7ª Câmara de Direito Privado" (TJ/SP – Órgão Especial – CC nº 0020291-31.2017.8.26.0000 – Rel. Des. **Xavier de Aquino** – j. em 21.06.2017 – Votação Majoritária).

"Conflito de competência. Ação civil pública ajuizada contra agentes privados responsáveis por loteamento tido por irregular, com o propósito de que fosse regularizado o parcelamento de solo efetuado pela empresa e pelas pessoas físicas demandadas, nos termos da Lei nº 6.766/79, da legislação municipal e da legislação ambiental de regência; com pedido de condenação concorrente do Município para esse fim. Presença da Municipalidade no polo passivo que, por si só, não desloca a competência para conhecimento da apelação para a Seção de Direito Público. Análise do pedido e causa de pedir. Regularização de loteamento. Ausência de discussão acerca de atos administrativos ou pedido de anulação de atos

Acesso ao Sumário

do Poder Público. Resolução 623/2013 que dispõe ser competência da Primeira Subseção de Direito Privado o julgamento de matéria relativa a loteamentos e localização de lotes (cf. art. 5º, inciso I, item I.21). Precedentes deste Órgão Especial. Conflito julgado procedente para fixar a competência da Câmara Suscitada, 10ª Câmara de Direito Privado" (TJ/SP – Órgão Especial – CC nº 0065553-38.2016.8.26.0000 – Rel. Des. **Márcio Bártoli** – j. em 05.04.2017 – Votação Majoritária).

"Conflito de Competência. Ação Civil Pública. Satisfação de uma obrigação de fazer relativa à regularização de loteamento. Tema relativo à competência afeta às Câmaras de Direito Privado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consoante se infere da Resolução n° 623/2013, desta Corte. Dúvida acolhida, reconhecida a competência da Egrégia Câmara suscitante" (TJ/SP – Órgão Especial – CC nº 0056778-68.2015.8.26.0000 – Rel. Des. **Antônio Carlos Malheiros** – j. em 07.10.2015 – V.U.).

"Conflito de competência. Ação Civil Pública. A competência é firmada pelo pedido inicial. Discute-se a regularização de loteamento clandestino. Julgamento afeto a uma das Câmaras compreendidas entre a 1ª e a 10ª Câmara de Direito Privado. Inteligência do art. 5º, I.21, da Resolução n° 623/2013. Precedentes desta Corte de Justiça. Reconhecida a competência da suscitada C. 4ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal. Conflito procedente" (TJ/SP – Órgão Especial – CC nº 0031489-36.2015.8.26.0000 – Rel. Des. **Guerrieri Rezende** – j. em 29.07.2015 – V.U.).

No mesmo sentido, dentre outros, os seguintes Conflitos de Competência: nº 0040477-75.2017.8.26.0000, Rel. Des. **Beretta da Silveira**; nº 0058875-07.2016.8.26.0000, Rel. Des. **Moacir Peres**; nº 0064318.36.2016.8.26.0000, Rel. Des. **Carlos Bueno**; nº 0062696-19.2016.8.26.0000, Rel. Des. **Sérgio Rui**; nº 0042772-22.2016.8.26.0000, Rel. Des. **Tristão Ribeiro**; nº 0036272-37.2016.8.26.0000, Rel. Des. **Evaristo dos Santos**; nº 0015564-63.2016.8.26.0000, Rel. Des. **João Negrini Filho**; nº 0024313-69.2016.8.26.0000, Rel. Des. **Borelli Thomaz**.

Acesso ao Sumário

Destarte, impende reconhecer a competência da Colenda 6ª Câmara de Direito Privado (órgão jurisdicional suscitante), pertencente à Subseção I de Direito Privado, na Relatoria do Juiz Substituto em Segundo Grau **Rodolfo Pellizari**.

Ante o exposto, **JULGA-SE PROCEDENTE** o conflito de competência, para reconhecer a competência da 6ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal (suscitante), na Relatoria do Juiz Substituto em Segundo Grau **Rodolfo Pellizari**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0031121-22.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 2ª CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 2ª CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. FERRAZ DE ARRUDA E RICARDO ANAFE.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.632)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 10 de outubro de 2018.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: Conflito de Competência – Ação declaratória c.c. obrigação de fazer e pedido de tutela de urgência – Decisão administrativa, mas referente a ato relacionado ao cumprimento do Código Civil de 2002, quanto a seu Livro II da Parte Especial, cujos artigos acima transcritos integram o art. 966 ao art. 1.195, intitulado Direito de Empresa – Inteligência do Art. 6º, caput, da Resolução Nº 623/2013 – Dúvida procedente – Reconhecimento da competência da Câmara suscitante.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela 2ª Câmara

Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em face da decisão proferida pela 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que declinou da competência para julgamento do Agravo de Instrumento nº 2212849-93.2017.8.26.0000, interposto contra decisão que, em ação declaratória c.c. obrigação de fazer e pedido de tutela de urgência, indeferiu a tutela antecipada para a manutenção do arquivamento dos atos específicos da autora junto à JUCESP (nº 369.122/04-5 e 369.123/04-9 da sociedade Casa JRP LTDA – NIRE 35218320077; Registros nº 369.121/04-1, 229.203/05-0, 81.018/08-3, 212.782/08-3, 301.852/09-1, 418.863/09-0, 418.864/09-3, 117.028/10-1, 123.188/13-1 da sociedade J R Preto LTDA. – autora – NIRE 35215682822) e, ainda, determinou que a autora incluísse na presente ação todos os sócios ou acionistas interessados que alegaram a ocorrência de irregularidade no conclave.

É o relatório.

O pedido formulado na petição inicial visa à declaração de regularidade dos registros descritos no item "a", obrigando a ré (Junta Comercial) a manter os arquivamentos correlatos, sob a pena de serem ofendidos os princípios da Segurança Jurídica (Estabilidade as Relações Jurídicas), do Contraditório, da Continuidade da Empresa, do Respeito ao Direito Adquirido e da Proteção da Propriedade Privada, além dos dispositivos legais avocados.

Tais registros dão conta que, por ato administrativo, a Junta Comercial de São Paulo, cancelou registros relativos ao ato de transformação da construtora Administradora S/A Casa para Construtora e Administradora Casa Ltda, ou seja, a transformação de tipos societários.

Deduzida a pretensão a respeito de decisão administrativa, sim, mas, ato relacionado ao cumprimento do Código Civil de 2002, quanto a seu Livro II da Parte Especial, cujos artigos acima transcritos integram o art. 966 ao art. 1.195, intitulado Direito de Empresa, induvidosamente a competência para o exame da apelação é da Câmara Reservada de Direito Empresarial, ora suscitante.

A hipótese se enquadra na regra de competência estabelecida no art. 6º, caput, da Resolução Nº 623/2013, que assim estabelece:

> ***Art. 6º. Além das Câmaras referidas, funcionarão na Seção de Direito Privado, a 1ª e a 2ª Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, que formarão o Grupo de Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, com competência, excluídos os feitos de natureza penal, para julgar os recursos e ações originárias relativos à falência, recuperação judicial e extrajudicial, principais, acessórios, conexos e atraídos pelo juízo universal, envolvendo a Lei nº 11.101/2005, bem como as ações principais, acessórias e conexas, relativas à matéria prevista no Livro II, Parte Especial do Código Civil (arts. 966 a 1.195) e na Lei nº 6.404/1976 (Sociedades Anônimas), as que envolvam a propriedade***

Acesso ao Sumário

industrial e concorrência desleal, tratadas especialmente na Lei nº 9.279/1996, e franquia (Lei nº 8.955/1994).

Isto posto, julga-se procedente a dúvida, proclamando-se a competência da Colenda 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 1001725-46.2017.8.26.0637/50000, da Comarca de Tupã, em que é agravante MUNICÍPIO DE TUPÃ, é agravado A.L.A.A.F. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.423)**

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, 28 de agosto de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO

Repercussão geral.

Normas constitucionais relativas à educação detêm eficácia plena, nos moldes do previsto no parágrafo primeiro do art. 5º da CF.

Fornecimento de vaga em creche e pré-escola em período integral. Presença dos pressupostos necessários à concessão. Matérias apreciadas de acordo com a segura orientação jurisprudencial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Ausência de fundamentos jurídicos para alteração do julgado.

Agravo não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de **agravo** contra decisão **monocrática** (fls. 245/251) negando provimento ao apelo do Município e, em parte, ao reexame de **sentença** (fls.

170/175) determinando o fornecimento de vaga em creche próxima à residência.

Com pleito de apreciação do tema pelo órgão colegiado, sustentou o agravante, em resumo, que a matéria discutida nos presentes autos é objeto do AI nº 761.908, em curso no Colendo STF, que admitiu a repercussão geral da matéria relativa à autoaplicabilidade do art. 208, inc. IV, da CF. Daí a reforma (fls. 01/06).

Instadas, as partes não se opuseram ao julgamento virtual (fl. 26).

É o relatório.

2. Nego provimento ao agravo.

Os argumentos desse inconformismo **não** se mostram suficientes a alterar a decisão.

Assim está redigida a decisão agravada:

"3. Superou-se, na sessão de 7 de abril de 2010 da egrégia Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, a divergência relativa ao cabimento da remessa obrigatória em casos de sentença ilíquida proferida contra a Fazenda Pública (EREsp nº 701.306, j. 19-4-2010)."

"Reputa-se, portanto, interposto o reexame oficial no presente feito."

"4. O interesse de agir da impetrante não está condicionado a trilhas burocráticas que, sobre destituídas de estrita previsão legal em lei, não se autorizam para restringir o âmbito da proteção constitucional do direito à educação. Observa-se, ainda, que, no direito brasileiro vigente, o percurso da via administrativa não é requisito para propiciar-se a via judicial, salvo o previsto no § 1º do art. 217 do Constituição federal de 1988, e que, por dizer respeito à justiça desportiva, nada tem a ver com a situação objeto destes autos."

"Em suma, o direito postulado não depende de prévio cadastro perante órgãos públicos e nem da estrita observância a trâmites burocráticos impostos pelo Município, assim como não se exige comprovação da recusa administrativa para o manejo de ação judicial buscando a concretização do direito à educação."

"5. A Constituição Federal de 1988 estabelece, claramente, por dever do Estado, em todas as suas esferas de atuação, a garantia de 'educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade' (inc. IV do art. 208, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 53/2006; vide ainda arts. 53, inc. V, e 54, inc. IV, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, qual a n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996)."

*"Assim, pelo vigente código republicano e o Estatuto da Criança e do Adolescente é **dever do poder público** o atendimento, em creche e pré-escola, às crianças de até cinco anos de idade."*

*"A educação infantil, que se molda à **primeira etapa da educação***

***básica**, responde à necessidade – e com isto se compatibiliza – de complementar a ação da família e da comunidade para o desenvolvimento integral da criança até cinco anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual, moral e social, ainda que a formação moral seja primado paideico da família."*

"Por outro lado, muito embora advenha do art. 211 do vigente Código político que a organização dos sistemas de ensino deva implementar-se em regime de colaboração dos entes políticos, pesa sobre os Municípios, prioritariamente, a atribuição quanto ao ensino fundamental e à educação infantil, esta última em ordem a abranger o fornecimento de creche e pré-escola, inclusive (§ 2º; no mesmo sentido: art. 240 da Constituição Paulista)."

"Neste sentido:"

"Direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos. Norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Norma definidora de direitos não programática. Exigibilidade em juízo. Interesse transindividual atinente às crianças situadas nessa faixa etária" (REsp 575.280-STJ, j. 25-10-2004)."

"Esse, também, conforme se apontou, é entendimento sumulado nesta Corte (verbete n. 63):"

"É indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território".

"6. Os modos regulares como, para proporcionar a educação necessária, deve atuar o Estado – segundo previdente planejamento – não podem marginar o direito fundamental das crianças de recebê-la."

*"Norma programática, ou talvez de aplicação imediata – tal o afirma a jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça (cf. REsp 753.565, j. 27-3-2007; REsp 575.280, j. 25-10-2004) –, acaso de eficácia contida (rectius: restringível, na referência de MICHEL TEMER), a do inciso VI do art. 208 da Constituição Federal de 1988, não pode, em todo caso, ser limitada por práticas administrativas que, em vez das **diretrizes** dessa norma constitucional, lancem-se a tardias sendas burocráticas, reticentes em atender a um direito fundamental, como se arrola o da educação (art. 6º da CF-88)."*

"Deve observar-se que o advérbio 'preferencialmente' não exclui o menor de escola, próxima a sua residência, desde que devidamente superior a dois quilômetros, o que não afasta a discricionariedade da Municipalidade tupãense acerca da creche a ser indicada."

"7. A separação de poderes ou funções da soberania política não afasta do Judiciário a competência para a apreciação de possível lesão de direito individual, objeto da espécie. Não há maltrato, neste âmbito, do princípio da conformidade funcional com a incidência normativa em pauta."

Acesso ao Sumário

*"Não é de admitir que, no aventável confronto entre o bem jurídico **educação** e os interesses político-administrativos, prevaleçam estes àquele: não há discricionariedade admissível da Administração pública que se compagine com possível abdicação do dever de suprir o necessário para propiciar a **ensino**, direito fundamental."*

"A discricionariedade dos governos é a escolha dos meios propícios à salvaguarda do bem comum: 'al governo, diz muito bem Danilo CASTELLANO (La verità della politica. Milão: Scientifiche Italiane, 2002, p. 58), non è data la scelta del fine ma solamente quella dei mezzi', sobretudo quando se trate de direitos fundamentais, porque não há bem comum possível com o maltrato daqueles direitos."

*"8. Finalmente, por mais razoáveis se mostrem as diretrizes administrativas e a invocação de óbices orçamentários, não podem eles, à conta de isonomia e reserva do possível, impor restrições à larga **fundamentalização** do bem da educação pela Constituição Federal Brasileira de 1988."*

(...)

***"POSTO ISSO**, em decisão monocrática, com apoio na regra inscrita no art. 932 do Código de Processo Civil, nego provimento ao apelo do Município tupãense e dou provimento em parte à remessa obrigatória, que se tem por interposta, apenas para afastar a condenação da Municipalidade ao pagamento de custas e despesas processuais, mantendo, no mais, a r. sentença prolatada nos autos de origem n. 1001725-46.2017 da 3ª Vara Cível da Comarca de Tupã."* (fls. 245/251).

Malgrado a pendência de julgamento do AI nº 761.908, pelo Colendo **STF**, no qual se discute a autoaplicabilidade do art. 208, inc. IV, da CF (assegurando o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade), cumpre destacar que as normas constitucionais relativas à educação detêm eficácia plena, nos moldes do previsto no parágrafo primeiro do art. 5º da CF, ao estabelecer ***"as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata"***, de modo que, por ora, nada impede o julgamento deste recurso.

Não se revelaram presentes, apesar das ponderações do ora agravante, motivos para se alterar a solução dada. E os fundamentos do julgado, ***data venia***, não se abalam com as razões do inconformismo.

Daí sua manutenção.

3. Nego provimento ao agravo.

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004635-52.2018.8.26.0015, da Comarca de São Paulo, em que é apelante L.G.C.S., é apelado P. DE J. DA 6 V. E. I. E J. DA C.

ACORDAM, em Câmara Especial 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 39.484)**

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, 1º de outubro de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: APELAÇÃO. ATO INFRACIONAL.

Imputação e julgamento. Conduta equiparada ao crime de roubo majorado (art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal). Sentença acolhendo a representação, aplicando ao adolescente medida socioeducativa de internação.

Objeto do recurso. Improcedência da representação por fragilidade probatória ou, subsidiariamente, substituição da medida de internação por outra em meio aberto.

Prova. Conjuntos de elementos de convicção respaldam solução. Adolescente apreendido em poder da res furtiva. Provas suficientes de autoria e materialidade, corroborada por outros elementos de convicção.

Adequação da medida. Ato infracional grave – Admissível a medida aplicada de acordo a lei (arts. 112, § 1º, e 122, I, do ECA). Solução adequada às peculiaridades do apelante.

Acesso ao Sumário

Recurso não provido, com observação.

VOTO

1. Trata-se de **apelação** interposta por L.G.C.S., nascido em (...), contra a r. sentença (fls. 44/46), acolhendo a representação contra ele oferecida em razão da prática de ato infracional equiparado ao crime de roubo majorado (art. 157, § 2º, I e II, do CP), aplicando-lhe a medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado.

A defesa sustentou, em síntese, fragilidade probatória a obstar a procedência da representação. Daí a absolvição. Subsidiariamente, sustentou a inadequação da medida de internação aplicada, pleiteando a substituição por outra em meio aberto (fls. 50/56).

Vieram as contrarrazões (fls. 61/64). Recebido o apelo, manteve-se a decisão recorrida (fl. 65). Opinou a Douta Procuradoria (fls. 74/82).

É o relatório.

2. Infundada a pretensão recursal.

Segundo consta, em (...), por volta das (...), na (...), (...), na cidade e comarca de (...), o apelante, agindo previamente ajustado e com unidade de desígnios com pessoa do sexo masculino ainda não identificada, subtraiu, para eles, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, a motocicleta (...), (...), de placas (...)/(...), de propriedade da vítima I.P.Z.

A **materialidade** está bem demonstrada por boletim de ocorrência (fls. 05/09), autos de exibição, apreensão e entrega (fls. 10/11), auto de reconhecimento (fl. 12), bem como pela prova oral.

A **autoria**, da mesma forma, é inconteste.

O representado, **na delegacia** (fls. 07/08), na companhia de sua responsável legal, **confessou** o envolvimento no ato infracional, esclarecendo, todavia, não estar armado o momento do roubo. Em audiência de apresentação optou por permanecer em **silêncio** (fl. 32).

A parcial confissão **não** se encontra isolada nos autos.

Com efeito, o **ofendido** I.P.S., na fase administrativa (fls. 08 e 12), **reconheceu** o adolescente e **confirmou** os fatos conforme descritos na exordial. Em juízo (fl. 41), **ratificou** as declarações prestadas, afirmando que, no dia dos fatos, estava dirigindo sua moto, quando foi abordado por dois indivíduos armados que ocupavam outra motocicleta. Na sequência, foi derrubado no chão pelos assaltantes e saiu correndo deixando sua motocicleta para trás. No dia seguinte, policiais entraram em contato, noticiando a apreensão de sua moto completamente destruída. **Confirmou**, por fim, o reconhecimento realizado na Delegacia, identificando o apelante como a pessoa que estava na posse da arma

Acesso ao Sumário

de fogo. Em juízo, não reconheceu o adolescente.

A **palavra da vítima** em delitos patrimoniais é de fundamental relevância, inexistindo qualquer elemento nos autos a desabonar suas declarações. Não há razão para acusar alguém inocente.

Conforme entendimento do **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 – DJ-e de 17.03.17 – Rel. Min. **RIBEIRO DANTAS**).

Se mais fosse necessário, as declarações da vítima foram corroboradas pelo **depoimento**, sob o crivo do contraditório, da **testemunha**, policial militar, E.Q.S. (fl. 41), responsável pela apreensão do apelante em poder da ***res furtiva***.

Noticiou a testemunha que, em patrulhamento de rotina no dia dos fatos, se depararam com uma motocicleta trafegando com dois indivíduos sem capacetes. Ao perceberem a presença dos policiais, os indivíduos empreenderam fuga, desrespeitando a ordem de parada. Realizado breve acompanhamento, o condutor, ora apelante, parou a motocicleta e o outro, que estava na garupa, conseguiu se evadir do local. Indagado, o jovem confessou o roubo da motocicleta e, após, encaminhado à Delegacia, houve o reconhecimento pela vítima.

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 – DJ-e de 03.02.09 – Relª. Minª. **LAURITA VAZ**).

Acesso ao Sumário

No mais, tratando-se de infração patrimonial, a **apreensão do adolescente** em **poder da *res*** implica em presunção de responsabilidade, impondo ao apelante o ***ônus*** de apresentar uma versão verossímil para justificar tal situação, o que **não** ocorreu no presente caso.

O conjunto probatório, assim, é suficiente a dar respaldo à decisão.

Nenhum reparo comporta também a sentença no que tange à medida socioeducativa aplicada – **internação**.

O envolvimento do apelante na prática de ato infracional correspondente ao crime de roubo majorado justifica, indubitavelmente, a aplicação de internação por tempo indeterminado, com fundamento no **inciso I, do art. 122, do ECA**, mesmo considerada a excepcionalidade da medida. Trata-se de conduta a expressar **ousadia** e **periculosidade** inequívocas. Exige, bem por isso, pronta e eficaz resposta estatal.

A **gravidade** do ato infracional integra expressamente as diretrizes fixadas pelo § 1º do art. 112 do ECA, enquanto critério balizador de adequação das medidas socioeducativas aplicáveis, entre as abstratamente previstas pelo sistema, em conjunto com as **circunstâncias** que rodearam a prática infracional e a **capacidade** do adolescente para seu cumprimento.

Neste sentido:

> *"INFÂNCIA e JUVENTUDE. Menor. Ato infracional. Equiparação ao crime de roubo qualificado por emprego de ameaça, arma de fogo e concurso de pessoas. Representação. Procedência. Internação. Admissibilidade. Observância do devido processo legal. HC indeferido. Inteligência dos arts. 121 e 122 do ECA. Está em harmonia com o princípio da tipicidade estrita das fattispecie que a autorizam, a aplicação de internação, por prazo indeterminado, a menor que praticou ato infracional mediante ameaça, emprego de arma e concurso de pessoas."* (**STF** – HC 88755/SP – DJ-e de 29.09.06 – Rel. Min. **CEZAR PELUSO**).

Além da gravidade abstrata do ato infracional, as **condições pessoais** do apelante são **desfavoráveis**.

Nessa linha, verifico que o recorrente possui **antecedentes** na Vara da Infância e Juventude (fls. 17/22), por conduta análoga ao delito de **roubo majorado** (proc. nº 0.009.923-95.2017.8.26.0635), sendo-lhe aplicada medida socioeducativa de liberdade assistida, o que revela a **inadequação** de medidas mais brandas para o alcance da ressocialização.

Não bastasse isso, conforme informações obtidas por este Juízo junto ao portal da Fundação Casa, o jovem **descumpriu** a medida de liberdade assistida aplicada, bem como **voltou a delinquir**, sendo apreendido novamente em poder de veículo produto de roubo, motivo pelo qual foi determinada sua internação provisória (Proc. nº 0.005.785-68.2018.8.26.0015).

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.

Nesse passo, diante das **circunstâncias de caráter objetivo e subjetivo**, a medida socioeducativa de internação é a única viável ao caso concreto e dará ao

Acesso ao Sumário

jovem a necessária orientação pedagógica, visando, ainda, sua proteção integral.

Por outro lado, será ele periodicamente **avaliado**, podendo reverter a medida extrema tão logo demonstre aptidão para o retorno ao convívio social, respeitados os limites legais (**art. 121**, §§ **3º** e **5º, do ECA**).

Apenas uma **observação** merece a sentença no que tange ao **período** para **reavaliação** da medida, fixado em seis meses. Por sua natureza educativa ela deve ser revista no **máximo** a cada seis meses, podendo, se o caso, ser reapreciada em momento **anterior**, dependendo da peculiaridade do caso concreto.

Prejudicado o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao apelo.

3. Nego provimento ao recurso, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000319-67.2018.8.26.0153, da Comarca de Cravinhos, em que é apelante G.B.F. (MENOR), é apelado P. DE J. DA V. 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 43.135)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), XAVIER DE AQUINO (DECANO) e EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 1º de outubro de 2018.

ARTUR MARQUES, Vice-Presidente e Relator

Ementa: INFÂNCIA E JUVENTUDE. ATO INFRACIONAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE A ENSEJAR A PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO, QUE, FRENTE À GRAVIDADE DA INFRAÇÃO BEM COMO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS, REVELA-SE APROPRIADA E APTA A PROMOVER A RESSOCIALIZAÇÃO DO ADOLESCENTE. SENTENÇA MANTIDA.

Acesso ao Sumário

1. *In casu*, a sentença julgou procedente a representação pela prática de ato infracional equiparado ao delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 e aplicou ao adolescente a medida socioeducativa de internação.

2. Materialidade e autoria suficientemente comprovados pelo arcabouço probatório robusto.

3. Depoimento policial constitui meio de prova idôneo e não deve ter a parcialidade presumida apenas por conta de sua função.

4. O art. 122, II, do ECA autoriza, em tese, a imposição da medida socioeducativa de internação no caso de adolescente reincidente.

5. Já as circunstâncias do caso concreto, aliadas às condições pessoais do apelante, revelam que medida de internação é a mais adequada ao panorama, respeitado o princípio da excepcionalidade.

6. Recurso não provido.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 139/141, cujo relatório se adota, que julgou procedente a representação pela prática de dois atos infracionais equiparados ao delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 e aplicou ao adolescente G.B.F. a medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado.

A d. Defesa sustenta que a autoria do ato infracional não restou devidamente comprovada. Alega que os únicos elementos de prova contra o adolescente seria o testemunho do policial militar. Aduz, ainda, que o apelante tem residência fixa e estuda, merecendo uma medida educativa mais branda. Ao final, requer a improcedência da representação ou a aplicação da medida socioeducativa de liberdade assistida (fls. 166/179).

Recurso isento de preparo com contrarrazões às fls. 182/185.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fls. 212/216 pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

2. Consta dos autos que, nos dias (...), G., com 17 anos de idade à época, trazia consigo e guardava, para fins de tráfico, o total de 39 (trinta e nove) porções de maconha e 31 (trinta e uma) porções de cocaína.

A materialidade do ato infracional equiparado ao tráfico ilícito de

Acesso ao Sumário

entorpecentes está devidamente comprovada pelas peças que instruem o inquérito policial e pelos laudos toxicológicos de fls. 31/33 e 34/36.

Já a autoria se consubstancia em prova oral obtida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Ouvido em Juízo (fls. 96 e mídia digital), o adolescente negou a prática infracional, alegando que o dinheiro achado consigo pertencia a sua mãe e que somente é usuário de maconha. Em continuidade afirmou que desconhece a origem das drogas encontradas, que estava estudando, cumprindo medida de liberdade assistida e que os policiais militares tem implicância com ele.

R.B., genitora do infrator, também ouvida em juízo assegurou que seu filho estava frequentando a escola, cumpria a liberdade assistida corretamente e apresentava bom comportamento. Confirmou que entregou certa quantia em dinheiro a G. e que o mesmo sofre perseguição policial (fls. 96 e mídia digital).

Trata-se, contudo, de versões inverossímeis e fantasiosas, que restaram isoladas nos autos.

Pesa contra o jovem, sobretudo, o depoimento de J.F.M., policial militar responsável pela sua apreensão (fls. 106 e mídia digital).

A testemunha esclareceu que no dia (...), em patrulhamento na (...), (...), na cidade de (...), foi informado por populares que o adolescente estaria num terreno baldio comercializando drogas. Ao adentrar no referido terreno o apelante percebendo a aproximação de policiais, tentou fugir, mas foi detido e revistado, ocasião na qual foi encontrada a quantia de R$ 110,00 (cento e dez reais) em notas pequenas e porções de maconha e cocaína. Na sequência, declarou que no dia (...), em diligências no mesmo local e de igual modo, surpreendeu G. na posse de mais trouxinhas de maconha e pinos de cocaína, bem como a quantia de R$ 50,00 (cinquenta reais). Admitiu, por fim, que o lugar é conhecido como ponto de venda de drogas exercido pelo jovem, que ele possui várias ocorrências anteriores e que os entorpecentes estavam embalados para comercialização (fls. 106 e mídia digital).

Acesso ao Sumário

Nada autoriza supor que o servidor mentiu ao depor em Juízo. O agente da lei foi ouvido sob compromisso, produzindo relato verossímil e coerente.

Nesse sentido, conforme assinalado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça:

> O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso[1].

O panorama dos autos não destaca predisposição do policial à distorção

1 STJ, HC 165.561/AM, 6ª T., rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 02/02/2016, DJe 15/02/2016

dos fatos; não vem delineada circunstância que o levasse a cometer fraude, abuso de autoridade e falso testemunho.

Pois bem, a prova testemunhal é robusta e contundente, sendo, aliada às circunstâncias da apreensão (quantidade, variedade, notícia prévia da polícia), suficiente para a certeza de que os entorpecentes pertenciam ao jovem e se destinavam ao comércio, em que pese sua negativa.

Nesse sentido, é irrelevante o fato de os policiais não terem visualizado qualquer ato de mercancia, sendo certo que o jovem trazia quantia de droga incompatível com o uso.

Dessa forma, diante do conjunto probatório, adequada foi a procedência da representação tal como oferecida.

Nessa toada, a medida socioeducativa de internação merece ser mantida.

Porquanto não se olvide o entendimento consolidado na Súmula 492 do STJ[2], o fato é que sua interpretação deve ser feita de forma sistemática com as disposições do art. 122, do ECA, observados os princípios que regem o Direito da Infância e Juventude.

Estabelece o art. 6º do ECA que ***"na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento."***

Por sua vez, o art. 121, do ECA, prevê os princípios que regem a medida de internação: brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

O reconhecimento de que crianças e adolescentes são indivíduos em desenvolvimento norteia o escopo da aplicação de todas as medidas socioeducativas. A prática de ato infracional exige uma resposta educativa do Estado e não uma resposta retributiva. Ao se reconhecer que os adolescentes infratores são indivíduos em formação e que precisam ser orientados, a medida socioeducativa deve ser escolhida dentre aquelas previstas no rol do art. 112, do ECA, levando-se em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração (art. 112, § 1º, do ECA).

Para a avaliação da capacidade do adolescente em cumprir a medida socioeducativa é imperioso observar a sua condição pessoal (se estuda, se trabalha, se já respondeu a procedimentos por outros atos infracionais, se é toxicômano etc.) e familiar (se a família é estruturada e tem a capacidade de contribuir com o processo de ressocialização).

O tráfico de entorpecentes é equiparado a crime hediondo, não se podendo afastar a ideia de que quem o pratica tem o intuito do lucro fácil, com

2 SÚMULA nº 492: O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente.

Acesso ao Sumário

menosprezo do trabalho honesto, a prejudicar a vida de pessoas indeterminadas, com reflexos na comunidade, a recomendar o afastamento do adolescente do meio deletério.

Esta Câmara Especial tem adotado esse critério (apelação nº 0000285-23.2015.8.26.0598, relator Des. Xavier da Aquino, Decano, julgada em 04/04/2016; apelação nº 0001374-73.2015.8.26.0536, relator Des. Salles Abreu, então Presidente da Seção de Direito Criminal, julgada em 04/04/2016; apelação nº 0000285-36.2015.8.26.0626, relator Des. Ricardo Dip, então Presidente da Seção de Direito Público, julgada em 04/04/2016).

No caso concreto, o adolescente registra inúmeros antecedentes na justiça especializada e já foi submetido a medida socioeducativa no passado (liberdade assistida no mínimo por duas vezes – fls. 39/45), as quais não deram conta de seu elevado déficit socioeducativo.

Tudo a revelar que a prática aqui apurada não constitui desvio de conduta isolado em sua trajetória, demonstrando também a inadequação de soluções mais brandas e, finalmente, autorizando a privação de sua liberdade com fulcro no artigo 122, II, do ECA.

Além disso, a equipe técnica da Fundação CASA, em seu relatório polidimensional (fls. 113/117) concluiu que:

> Reunida a equipe de referência para estudo de caso e elaboração do diagnóstico polidimensional, esta avaliou que o adolescente necessita de algumas metas de intervenção. Diante do exposto, observa-se a necessidade do adolescente em ser orientado por profissionais especializados que o acompanhem de forma pontual, tendo em vista seu potencial observado pela orientadora de medida em meio aberto a fim de reorganizar sua rotina diária buscando sensibilizá-lo a se afastar do engajamento infracional. As atividades desenvolvidas junto a Gustavo devem criar situações que propiciem sua melhora com relação a comunicação e aceitação de regras familiares, além de envolvimento com pares envolvidos em práticas divergentes. Necessita também de investimento para que haja uma reflexão da sua conduta e posterior amadurecimento pessoal, social e emocional. Gustavo necessita dar continuidade às atividades escolares e para tal precisa ser estimulado, assim como ser inserido em cursos profissionalizantes de seu interesse a fim de conscientizá-lo da importância dos estudos e da qualificação para o mercado de trabalho.

Por conseguinte, mostra-se patente, no presente caso concreto, a ineficácia da aplicação de medida socioeducativa mais branda, de maneira que não há outra adequada ao adolescente que não a internação (art. 122, § 2º, do ECA). A segregação, nesse passo, é salutar e necessária para afastá-lo do convívio marginal, tudo em perfeita consonância com a proteção integral prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Acesso ao Sumário

De acordo com o princípio da proteção integral, a medida de internação visa proporcionar reabilitação aos infratores que, como o apelante, não encontraram orientação e mecanismos de contenção suficientes em sua família e que, com a medida, poderão contar com suporte psicológico, pedagógico e profissionalizante.

Não se pode olvidar que o adolescente será periodicamente avaliado, podendo obter reversão da medida se vierem a demonstrar inequívoca aptidão para o retorno ao meio aberto, respeitados os limites do artigo 121, §§ 3º e 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

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

Apelações/Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1029731-62.2016.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado P.B.B.G. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso voluntário da Fazenda Pública Estadual e ao reexame necessário, nos termos que constarão do acórdão. V.U. Com declaração de voto convergente do 3º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45656)**

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 E REEXAME NECESSÁRIO. INFÂNCIA E JUVENTUDE. DIREITO À SAÚDE. DEMANDA COMINATÓRIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS, EQUIPAMENTOS E INSUMOS A CRIANÇA PORTADORA DE DIABETES MELLITUS TIPO 1. MEDICAMENTOS

Acesso ao Sumário

NÃO INCORPORADOS EM ATOS NORMATIVOS DO SUS. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO SEDIMENTADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RESP. 1.657.156/RJ. MEDICAMENTOS REGISTRADOS NA ANVISA. RELATÓRIO MÉDICO ATESTANDO A NECESSIDADE DOS INSUMOS E DOS FÁRMACOS E A INEFICÁCIA DOS DEMAIS MEDICAMENTOS DISTRIBUÍDOS PELO SUS. HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA QUE, CONTUDO, NÃO FOI DEVIDAMENTE COMPROVADA. PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA QUE FOI INDEFERIDO PELA MAGISTRADA DE PRIMEIRO GRAU, SEM QUALQUER INSURGÊNCIA RECURSAL DO AUTOR. RECURSO VOLUNTÁRIO E REEXAME NECESSÁRIO PROVIDOS.

VOTO

Trata-se de apelação e reexame necessário da r. sentença a fls. 117/121, cujo relatório se adota, que julgou procedente pedido deduzido em ação de obrigação de fazer proposta por P.B.B.G., devidamente representado pela genitora, contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, tornando definitiva a liminar, para condenar a ré a fornecer ao autor os medicamentos, equipamentos e insumos descritos a fls. 41/42 dos autos, mediante apresentação de receita médica atualizada a cada bimestre. Para a hipótese de descumprimento foi arbitrada multa diária no valor de R$ 200,00 (duzentos reais).

Ao recurso oficial, soma-se o apelo voluntário da Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Segundo alegado, o autor pleiteia que o Estado arque com as despesas de manutenção da bomba de infusão que já possui, equipamento moderno e de última geração, adquirido com recursos próprios, e que não é fornecido pelo Estado para o tratamento da moléstia que o acomete. Salienta que o tratamento oferecido pelo SUS é eficaz e seguro, não havendo justificativa técnica para que não seja dispensado ao autor. Pugna, assim, pelo provimento do recurso.

Apresentadas contrarrazões, subiram os autos e a d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 222/228).

O feito foi sobrestado em virtude de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do REsp 1.657.156/RJ, por envolver questão afetada pela sistemática dos recursos repetitivos sob o Tema 106 ("*Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos*

do SUS") – fls. 230.

É o relatório.

Além do recurso interposto, há reexame necessário, nos termos do art. 496, § 2º, do Código de Processo Civil em vigor, e da Súmula nº 490 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, editada na vigência do Código de Processo Civil de 1973.

Em que pese a propositura do presente feito ser anterior à conclusão do julgamento do REsp 1.657.156/RJ (Tema 106 – "*Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS*") pelo Superior Tribunal de Justiça, cujos efeitos foram modulados, não há impedimento para a adoção do entendimento lá externado. Muito ao contrário, a modulação dos efeitos apenas permite que se decida em sentido contrário nos processos já aforados, o que é muito diferente. A modulação diz respeito, apenas, ao efeito vinculativo da decisão (art. 927, III, do Código de Processo Civil). Porém, é evidente que esta Turma Julgadora não está obrigada a julgar em sentido contrário ao entendimento proclamado no Superior Tribunal de Justiça, Corte à qual compete a padronização da interpretação do direito federal infraconstitucional.

A tese firmada no julgamento referido, encontra-se assim redigida, verbis: *"A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento"*.

O medicamento requerido (Insulina Lispro) consoante se comprova por meio de consulta ao site da ANVISA, encontra-se devidamente registrado e autorizado para comercialização em território nacional desde 27/02/1997.

De outro lado, o minucioso relatório médico de fls. 40/42 esclarece que o autor é portador de diabetes mellitus tipo 1 desde 2008 e que fez uso de esquema terapêutico com insulina NPH associada à insulina regular, disponíveis no SUS, até agosto de 2015. Todavia, por apresentar quadros de hiperglicemias, mesmo após diversos ajustes nas doses de insulina, o quadro foi mantido até sua internação em UTI, ocasião em que foi indicada a utilização de Sistema de Infusão Contínua de Insulina (Bomba de Insulina) Paradigm VEO como terapia mais segura na prevenção e monitorização das disglicemias, que poderiam ocasionar sequelas neurológicas irreversíveis com danos cognitivos e complicações graves em sistema vascular periférico (oftalmopatia). Após 30 dias de teste da terapia com o Sistema de Infusão Contínua, verificou-se

Acesso ao Sumário

estabilização do quadro, sem novos episódios de descompensação, razão pela qual lhe foi prescrito, em caráter de urgência, o uso do referido sistema e dos insumos necessários à terapia, conforme receituário de fls. 44/45. Não há dúvidas, assim, de que o medicamento e os insumos pleiteados são recursos adequados e eficientes ao seu quadro clínico, tampouco de que são ineficazes as alternativas terapêuticas disponibilizadas pelo SUS, que já foram testadas e não surtiram os efeitos almejados.

No entanto, na hipótese, não foi devidamente demonstrada a hipossuficiência financeira do núcleo familiar do menor, requisito imprescindível ao acolhimento da pretensão inicial, na esteira do entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do R.Esp. 1.657.156/RJ. Conquanto a justiça gratuita tenha sido requerida pela parte autora, com base na declaração de pobreza acostada a fls. 35, verifica-se que tal pedido foi indeferido pela magistrada de primeiro grau, que, por decisão a fls. 48, reputou necessária a comprovação, por documentos idôneos, tais como declaração de Imposto de Renda, folha de pagamento ou documentos similares, da situação de miserabilidade do núcleo familiar do requerente.

A decisão proferida, ao que se nota, não foi objeto de recurso pela interessada, que se conformou com o decidido e sequer pleiteou reconsideração mediante a apresentação de qualquer dos documentos especificados pela juíza a quo.

Nesse contexto, indeferida a gratuidade judiciária por decisão que sequer foi objeto de recurso, e não apresentado, pelo interessado, qualquer documento apto a demonstrar a insuficiência de recursos para custear as despesas com o tratamento, não há que se reconhecer a obrigação do Poder Público em fornecer os insumos e fármacos solicitados.

Há que se ressaltar que os familiares do autor adquiriram, às próprias expensas, a bomba de infusão necessária ao tratamento, de modo que lhes competia demonstrar, nos presentes autos, a impossibilidade de custear as demais despesas, o que, entretanto, não fizeram. Ainda, nota-se que a genitora do menor exerce a profissão de cirurgiã dentista, conforme se infere a fls. 1 e 34 dos autos, o que reforça a necessidade de efetiva comprovação da hipossuficiência financeira, ausente no contexto probatório trazido aos autos.

Assim, não estando preenchidos, cumulativamente, os requisitos exigidos pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Resp. 1.657.156/RJ, não se deve impor ao Poder Público a obrigação de custear as despesas com os fármacos e insumos requeridos na inicial.

É caso, pois, de improcedência e de incidência do disposto no art. 141, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois não configurada a litigância de má-fé do autor.

Acesso ao Sumário

Pelo exposto, dou provimento ao recurso voluntário da Fazenda Pública Estadual e ao reexame necessário para os fins acima explicitados.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 42.864)

1. Adota-se o relatório do voto condutor para acompanhar os fundamentos apresentados pelo I. Relator sorteado, a fim de dar provimento ao recurso voluntário da Fazenda do Estado de São Paulo e à remessa necessária para julgar improcedente o pedido de fornecimento de equipamentos, insumos e medicamentos formulado pelo autor, ora agravado.

2. De proêmio, observe-se que a saúde é direito de todos e dever do Estado. A sua prioridade é estampada nos preceitos fundamentais da Constituição Federal, especificamente, nos seus artigos 1º, III, 3º, IV, 5º, *caput* e 6º. Firmou-se o entendimento jurisprudencial no sentido de que a obrigatoriedade de atendimento à saúde visa o bem estar presente e futuro de menores incapazes, os quais, exatamente por sua condição pessoal, dispõem de proteção integral e preferencial, nos exatos termos dos artigos 1º e 11 da Lei nº 8.069/90. E o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, em sua essência, estabelece a proteção integral aos menores, assegurando-lhes com absoluta prioridade a efetivação desse direito.

Conforme precedente do e. Supremo Tribunal Federal, ***"o direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como (1) 'direito de todos' e (2) 'dever do Estado', (3) garantido mediante 'políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, (5) regido pelo princípio do 'acesso universal e igualitário' (6) 'às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação'"***[1].

Além disso, ressalte-se que o art. 195 da Constituição Federal atribui expressamente o custeio do Sistema Único de Saúde ao Executivo em todos os seus níveis, sem qualquer distinção. Trata-se, portanto, de responsabilidade solidária de todos os entes federativos. Portanto, o Estado, o Distrito Federal e o Município são partes legítimas para figurar no polo passivo nas demandas cuja pretensão seja o fornecimento de medicamentos, tratamentos e insumos imprescindíveis à saúde de pessoa carente, podendo a ação ser proposta em face de qualquer um deles, raciocínio consolidado nas súmulas 37 e 66 deste Tribunal.

Consigne-se também, inicialmente, que o acolhimento do pedido formulado perante o Poder Judiciário de fornecimento de medicamentos ou

1 – STF, Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 17.03.2010.

Acesso ao Sumário

insumos com vistas à efetivação do direito à saúde não importa violação ao princípio da separação dos poderes nem indevida ingerência do Judiciário no poder discricionário da Administração Pública, como enunciado na súmula nº 65 deste Tribunal de Justiça: ***"Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinem 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"***.

Entretanto, se a efetivação de direitos tem um custo e os recursos públicos são limitados, o pedido de fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado deve vir amparado de comprovação de sua real necessidade, tanto sob o aspecto médico quanto sob o aspecto financeiro. Isso significa que o pedido de fornecimento gratuito de insumos, remédios e tratamentos pelo Estado deve vir acompanhado de comprovação tanto da necessidade médica quanto da necessidade financeira, ambas a serem avaliadas **caso a caso**, de forma **concreta** e **objetiva**. É essa a correta exegese do art. 11, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao determinar que ***"incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação"***, por ser a única que se coaduna com os postulados constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção da vida, da universalidade da cobertura e do atendimento integral à saúde e da igualdade[2].

Tanto é assim que o e. Superior Tribunal de Justiça, quando da análise dessa questão em 25.04.2018, sob a sistemática dos recursos repetitivos (TEMA nº 106), em conformidade com as disposições do artigo 1.036 e seguintes do CPC/2015, no âmbito do Recurso Especial nº 1.657.156/RJ, entendeu que deve ser demonstrada não apenas a necessidade médica do fármaco ou insumo pleiteado, mas também a necessidade financeira por parte do requerente, firmando naquela ocasião a seguinte tese:

> A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:
>
> (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da

Acesso ao Sumário

2 – Corroborando essa exegese, o e. Supremo Tribunal já decidiu: "(...) DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE; UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, 'caput', e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF" (RE 393.175-AgR/RS, rel. Min. Celso de Mello).

imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;

(ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;

(iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.

Não se olvida que a referida Corte de Justiça modulou os efeitos daquela decisão, determinando que *"os critérios e requisitos estipulados somente serão exigidos para os processos que foram distribuídos a partir da conclusão do presente julgamento"* (excerto do v. acórdão publicado no DJe de 04.05.2018). Isto, porém, não significa que tais requisitos não possam ser apreciados em relação às ações que foram distribuídas em data anterior ao marco ali estabelecido. Conquanto o precedente não possua eficácia vinculante em relação aos processos iniciados anteriormente a 04.05.2018, inegavelmente pode fornecer elementos de convencimento ao magistrado que aprecia tais pedidos.

Essas as premissas gerais que balizam a discussão referente aos pedidos de fornecimento de itens, medicamentos e tratamentos de saúde formulados perante os entes da Administração Pública Direta.

2.1. De modo específico, em relação ao primeiro requisito, respeitados os entendimentos contrários, não é dado ao Poder Judiciário avaliar a necessidade médica sob o aspecto material.

A tese firmada no tema 106 fornece subsídios formais para a verificação da necessidade médica, mas tem eficácia vinculante apenas nos processos iniciados a partir daquela data. Com relação aos processos iniciados anteriormente, ainda que aqueles balizamentos possam fornecer elementos de convencimento (não vinculantes) ao magistrado, este não está dotado de capacidade técnica para se imiscuir nos critérios médicos e nas estratégias terapêuticas prescritas pelo médico assistente. Em outras palavras, não possui o Poder Judiciário capacidade técnica ou legitimação legal para avaliar a necessidade médica sob o seu aspecto substancial. A obtenção de conhecimentos a partir das bulas dos medicamentos ou de pesquisas de textos da literatura, ainda que especializada, não franqueiam ao magistrado subsídios suficientes para a avaliação crítica das opções delineadas nos relatórios e receituários médicos, atividade própria de área do conhecimento muito diversa, a Medicina.

Assim, considerando-se a inaplicabilidade dos requisitos formais vazados no Tema 106 quanto à necessidade médica (exigíveis apenas dos processos iniciados a partir de 04.05.2018), e a incapacidade técnica do magistrado de avaliar a necessidade médica sob o aspecto material, não compete ao ente público questionar a eficácia do tratamento indicado pelo médico. Somente o profissional da área, porque acompanha o paciente e possui conhecimento de todos os aspectos da moléstia, tem condições e capacidade técnica para decidir

Acesso ao Sumário

qual é o processo mais adequado. Nesse aspecto, já se assentou na jurisprudência que não há necessidade de se obedecer a protocolos estabelecidos para o fornecimento dos medicamentos pleiteados[3], e que as normas constitucionais que tratam do direito à saúde não são meramente programáticas[4].

Em se tratando de pedido formulado anteriormente a 04.05.2018, a tentativa de limitar o acesso a tratamentos e protocolos previamente estabelecidos pelo Poder Público encontra óbice na determinação legal de atendimento integral. Se o atendimento garantido é integral, ou seja, para todas as necessidades, não há como se excluir o tratamento prescrito por médico ou profissional da área médica equivalente, pelo simples fato de não constarem de listagens previamente estabelecidas. Este é o entendimento desta Câmara Especial:

> Apelação e Recurso Oficial. Ação de obrigação de fazer. Determinação judicial de fornecimento de insumos prescritos por médico para criança portadora de doença grave. Ação julgada procedente. Garantia fundamental consagrada em norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Ausência de violação aos princípios da separação dos poderes e da discricionariedade administrativa. Sentença proferida em consonância com a jurisprudência já consolidada na Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Multa diária fixada com a finalidade de garantir o cumprimento da decisão judicial. Recursos improvidos. (TJSP; Apelação 0041593-13.2012.8.26.0576; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de São José do Rio Preto – Vara da Infância e Juventude; Relator: Pinheiro Franco; Data do Julgamento: 12/05/2014; Data de Registro: 14/05/2014).

Portanto, com relação aos pedidos formulados anteriormente a 04.05.2018, basta que a necessidade médica venha afirmada pelo médico assistente, documentada em relatórios médicos que informem o diagnóstico e a opção terapêutica e em receituário.

E, na hipótese em exame, o relatório médico emitido por profissional especializada que faz o acompanhamento do tratamento do pleiteante atestou ser ele portador de Diabetes mellitus tipo 1, razão porque necessita dos equipamentos, insumos e medicamentos declinados na inicial (fls. 40/42 e 44/47).

2.2. Por outro lado, a par da verificação da necessidade médica, na forma acima delineada, é também dever do magistrado avaliar o cabimento

Acesso ao Sumário

3 – *"Mostra-se inadmissível, num Estado Democrático de Direito como o nosso, condicionar o fornecimento de tratamento às pessoas com doenças graves, ao cumprimento de etapa burocrática de inclusão em protocolos médicos ou outras listas congêneres, bem como a sua disponibilidade para distribuição somente após estarem padronizados"* (Apelação nº 994.09.377309-7 – São José do Rio Preto – 12ª Câmara de Direito Público – Rel. Des. Osvaldo de Oliveira – J. 31.03.10).

4 – *"É possível identificar, na redação do referido artigo constitucional, tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde. Dizer que a norma do artigo 196, por se tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição"* (SL 47 AgR/PE – Tribunal Pleno – Rel. Min. Gilmar Mendes – DJe 29.04.10).

dos pedidos de fornecimento de medicamentos, insumos e tratamentos sob o aspecto da hipossuficiência financeira, aquilatando a veracidade da afirmação de hipossuficiência e sua extensão. Conforme já observado, diante da controvérsia jurisprudencial instaurada perante os diversos tribunais nacionais, o e. Superior Tribunal de Justiça definiu que, ao lado da necessidade médica, a hipossuficiência financeira também constitui uma questão relevante e que, por isso, não pode ser deixada de lado pelo Poder Judiciário no momento da avaliação da concessão ou não de medicamento não incorporado aos atos normativos do Sistema Único de Saúde.

O que se pretendeu estabelecer com a já referida modulação de efeitos foi que, para as ações distribuídas a partir daquele julgamento, a observância dos requisitos seria obrigatória; enquanto que para as anteriores, os efeitos do recurso repetitivo não as alcançariam, devendo sua análise ser realizada caso a caso, de forma concreta e objetiva. Não se tratou de dispensar o exame do requisito da necessidade financeira em relação às ações ajuizadas anteriormente ao marco fixado pelo tema repetitivo nº 106, mas, sim, de se estabelecer que a capacidade financeira do requerente para arcar com os custos dos itens prescritos haveria de ser analisada caso a caso.

Nessa esteira, o exame do requisito da necessidade financeira em relação às ações ajuizadas anteriormente ao julgamento do recurso repetitivo não implica, de forma alguma, desrespeito à modulação de efeitos fixada pelo e. Superior Tribunal de Justiça, uma vez que aquela decisão estabelecida em conformidade com as disposições do artigo 1.036 e seguintes do CPC/2015, no âmbito do Recurso Especial nº 1.657.156/RJ, não obstou a análise daquele requisito naqueles casos anteriores, mas tão somente consignou a limitação da eficácia vinculante aos processos iniciados a partir daquela data, deixando assim a critério do julgador a análise de cada caso concreto com relação aos processos iniciados anteriormente.

Essa interpretação não pretende fazer retroagir o entendimento estabelecido pelo tema repetitivo nº 106, cujos efeitos foram modulados para incidirem apenas a partir da data fixada naquela decisão, mas sim que, ficando aquelas ações distribuídas anteriormente fora do alcance vinculativo da tese fixada pelo recurso repetitivo, possível se mostra ao julgador apreciar se as circunstâncias do caso concreto atendem às previsões contidas no art. 196 da Constituição da República e do art. 11, "caput" e § 2º, do ECA, de acordo com a novas redação que lhes foi dada pela Lei nº 13.257/2016.

Em sendo assim, o que se deve analisar no caso concreto é o conflito que se estabelece em situações como aquelas aqui retratadas, onde se contrapõem o direito à saúde de um lado, cujo alcance deve ser universal a todos e, de outro, o direito à igualdade de acesso, levando-se em conta as desigualdades existentes entre as pessoas, já que não se pode falar, de antemão, que haja prevalência de um

Acesso ao Sumário

sobre o outro, pois se tratam de princípios com igual hierarquia constitucional.

Nada obstante o direito fundamental à saúde previsto constitucionalmente possa – e deva – ser implementado pelas formas mais diversas, sendo o fornecimento gratuito de medicamentos apenas uma delas, deve-se ter em conta que os recursos públicos para atendimento a essa política social são finitos, o que exige, em atendimento ao princípio da equidade, que seja dada preferência àquelas pessoas que não possuem recursos próprios para arcar com os custos de aquisição desses fármacos que foram prescritos por seus médicos como imprescindíveis ao tratamento a que estão ou precisam se submeter.

E, exatamente por serem os recursos públicos limitados e notoriamente insuficientes para atender a todas as pessoas que, indistintamente, venham a solicitá-los na forma de fornecimento gratuito de insumos, medicamentos e tratamentos, é que o Poder Judiciário não pode agir com extrema licenciosidade na apreciação dessas demandas que lhe são apresentadas. A racionalização na política judiciária de deferimentos de tais pedidos é imprescindível para que se dê concretude ao princípio jurídico da igualdade, que exige tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Logo, o acesso à política pública de fornecimento gratuito de medicamentos deve atender preferencialmente àquelas pessoas que não possuem recursos próprios para arcar com os custos de aquisição desses fármacos, pois, do contrário, faltarão recursos ao Erário para permitir que essa ação social do Estado seja prestada àquelas pessoas que efetivamente dele necessitam, até mesmo porque a observância ao princípio da equidade para as hipóteses aqui tratadas foi agora sedimentado perante a legislação vigente, em virtude da nova redação que foi dada ao "caput", do art. 11, do ECA, através da Lei nº 13.257/2016[5].

E, embora não se exija prova cabal da hipossuficiência financeira, prestigiando-se a presunção de veracidade da sua afirmação, há casos específicos em que a existência cumulativa de sinais de riqueza podem constituir indícios suficientes a derruir tal presunção, transferindo-se o ônus probatório ao pleiteante para que demonstre, em concreto, a efetiva hipossuficiência. Nesse sentido, quando da análise de cada caso concreto, poderão configurar sinais de riqueza, a serem analisados em conjunto, por exemplo: profissão e nível de escolaridade dos pleiteantes, nível socioeconômico presumido a partir do local de residência, patrocínio da ação pela Defensoria Pública ou mediante contratação de advogado particular, existência de aplicações financeiras e bens de alto valor etc.

Em casos tais, caberá ao pleiteante trazer aos autos elementos objetivos

Acesso ao Sumário

5 Art. 11. É assegurado acesso integral às linhas de cuidado voltadas à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, **observado o princípio da equidade** no acesso a ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

adicionais que demonstrem o comprometimento da renda familiar, tais como comprovantes de recebimento de salário, comprovantes de recebimento de benefício previdenciário ou de outras rendas, comprovantes de despesas domésticas tais como aluguel, água, energia elétrica, telefone, supermercado ou outras, declarações de imposto de renda, declarações de bens, preço médio dos insumos, remédios ou tratamento pleiteados, extratos de contas bancárias etc.

Condicionando as ponderações acima alinhavadas ao caso concreto, em que pese a existência de comprovação da necessidade médica, o direito alegado não vem amparado pela imprescindível demonstração da insuficiência financeira, exigível em razão da inexistência de sinais contundentes de pobreza. Nesse aspecto, há que se considerar que o pedido de justiça gratuita restou indeferido pelo Juízo singular que reputou necessária a apresentação de *"documentos idôneos, tais como declaração do Imposto de renda, folha de pagamento, enfim, documentos aptos a demonstrar eventual situação de miserabilidade"* (fls. 48). Importante ressaltar que a decisão proferida não foi objeto de recurso pela parte interessada que sequer juntou os documentos supracitados.

Refira-se ainda o fato de haver contratado advogado particular, elemento que, se isoladamente não demonstra boa capacidade financeira, contribui para derruir a presunção de pobreza quando somado aos elementos acima descritos.

Embora tais subsídios não sejam conclusivos quanto à possibilidade do pleiteante de arcar com os custos dos itens pleiteados sem prejuízo à subsistência da família, sua presença derrui a presunção de veracidade da afirmação e torna necessário o cotejo da renda familiar com o valor das despesas ordinárias de modo a demonstrar em concreto a impossibilidade de aquisição daqueles itens, cujo preço também haveria de ser demonstrado. Entretanto, não há nos autos elementos que indiquem eventual comprometimento da renda familiar que, como demonstrado nos autos, é expressivamente alta se comparada à renda do homem médio.

Logo, sem elementos objetivos para avaliar o suposto comprometimento da renda familiar, é impossível aferir a real necessidade de recebimento do remédio de forma gratuita da Administração Pública.

Assim, o pedido deve ser negado.

Registre-se que ***"a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. (...)***

Acesso ao Sumário

Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde"[6].

Adira-se também que, nada obstante o e. Supremo Tribunal Federal já tenha assentado que a invocação da reserva do possível não é suficiente para afastar o constitucional dever de garantir a efetivação do direito à saúde, ponderou a ***"necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do 'mínimo existencial'" (ADPF 45/DF, rel. Min. Celso de Mello).*** Em outro precedente, apontou que, ***"em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um determinado valor para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos"***[7].

Ressalte-se, com especial relevância, que não se desconhece a jurisprudência desta e. Câmara Especial envolvendo os pedidos de fornecimento gratuito de remédios, insumos e tratamentos médicos. Entretanto, ainda que essas demandas versem sobre um direito caro e de grande relevância, como o é o direito à saúde, não se pode permitir a conversão do Poder Judiciário – e, assim, da atividade jurisdicional – em mero chancelador de pedidos, sobretudo quando estes envolvem a destinação dos recursos públicos a pessoas específicas em tutela de direitos individuais.

Custear remédios, insumos ou tratamentos médicos não padronizados ao particular que razoavelmente poderia pagar por eles – ou que deixou de demonstrar que não poderia pagar – afronta o princípio da isonomia e provoca graves danos sociais, porquanto impede que os mesmos recursos sejam utilizados em prol dos efetivamente necessitados. Assim, **dar a todo e qualquer um que o peça equivale a não dar aos mais carentes**, se de fato a garantia de um direito individual em face do Poder Público pressupõe um sacrifício do direito coletivo e inexoravelmente representa, num ambiente de escassez, **escolhas trágicas**. Logo, é por um imperativo de justiça que a necessidade financeira deve ser

Acesso ao Sumário

6 – STF, Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 17.03.2010.

7 – STF, Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 17.03.2010.

demonstrada em concreto, o que não houve no caso dos autos.

3. Do exposto, **acompanho o voto do e. Desembargador Relator para dar provimento à apelação e ao reexame necessário.**

ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO, Desembargador Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, 3º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1046255-50.2016.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que são apelantes MUNICÍPIO DE GUARULHOS e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado C.A.T. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.497)**

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, 8 de outubro de 2018.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA – CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS E INSUMOS – ADMISSIBILIDADE – Menor hipossuficiente, portadora de diabetes tipo I (CID E10) – Laudo médico devidamente prescrito – É inquestionável a obrigação cometida ao Poder Público (União, Estados e Municípios) de zelar pelo atendimento integral do indivíduo quanto à sua saúde – Exigibilidade do Estado em suas três esferas – Decisão mantida.

MULTA DIÁRIA – Possibilidade de ser fixada contra o Município – Caso em que se pleiteia a limitação de seu valor – Natureza inibitória – Razoabilidade do quantum – Imposição mantida.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Inconformismo quanto ao montante arbitrado – Diminuição pretendida – Redução que se impõe – Fixação de

Acesso ao Sumário

acordo com os parâmetros estabelecidos no artigo 85, § 3º, do Código de Processo Civil – Pedido acolhido. PARCIAL PROVIMENTO DA REMESSA NECESSÁRIA E DO APELO.

VOTO

Trata-se de Remessa Necessária e de Recurso de Apelação interposto pelo MUNICÍPIO DE GUARULHOS contra a sentença de fls. 146/156, proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude, Protetiva e Cível, da Comarca de Guarulhos, que julgou procedente o pedido da ação de rito ordinário de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada, ajuizada por C.A.T. (menor), devidamente representada por sua genitora, E.A.B.

Nesse sentido, determinou o julgador de primeiro grau o fornecimento dos seguintes insumos/medicamentos: a) Bomba de insulina Paradigm VEO 754 – compra única; b) Cateter Paradigm Quick SET – 6mm X 60 cm – MMT 399 – caixa com 10 unidades por mês; c) Reservoir Paradigm 3,00ml – Caixa com 10 unidades por mês MMT 332A; d) Aplicador do conjunto de infusão Quick-SET MMT 39501 – Compra Única; e) Minilink MMT 7707NA – compra de 1 peça por ano; f) Sensores Enlite MMT 7008 A – 1 caixa com 5 unidades por mês; g) Aplicador para Sensor Enlite MMT 7510 – Compra única; h) Care Link USB MMT – 7305 NA – compra única; i) Curativo transparente com moldura de aplicação 6 CM X 7 CM Tegaderm Film – 10 unidades por mês; j) Pilha Energizer Max AA2 2 pilhas por mês; k) Monitor de Glicemia Accue Chek Active – Compra única; l) Lancetas Accuchek Softclix – 1 caixa por mês; m) Fitas para medir glicemia Accue Chek Active – 200 por mês (4 caixas); n) Coletor para material perfuro-cortante – Descarpack – 1 por mês; o) Insulina Lispro (humalog) 2 frascos – 10 ml por mês – 200 por mês, conforme prescrição médica, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R$ 1.000,00 (um mil reais) por dia de atraso, a ser revertida em favor do FUMCAD. Honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da causa, nos termos do artigo 85, § 3º, do Novo Código de Processo Civil.

Inconformado, pleiteia o MUNICÍPIO DE GUARULHOS, às fls. 160/169, a reforma do *decisum*, sustentando, em síntese, que não houve a comprovação da real necessidade de tais medicamentos e insumos, que, inclusive, não são padronizados no programa municipal de saúde, devendo, portanto, a requerente ser avaliada por perito médico. Ademais, aduz ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, tendo em vista a existência de uma divisão de tarefas entre os entes federados. Alega, também, que a multa por eventual descumprimento da ordem judicial é incabível, pois não se estende à pessoa que praticou ou deixou de praticar o ato, além de ter sido arbitrada de forma

Acesso ao Sumário

desproporcional. Por fim, o montante fixado a título de honorários advocatícios é elevado e incompatível para uma causa de baixa complexidade.

Contrarrazões apresentadas às fls. 178/181.

Parecer do Ministério Público pelo não provimento do recurso voluntário e da remessa necessária (fls. 202/209).

Neste segundo grau de jurisdição, após a suspensão do feito em face da afetação do tema pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça (fls. 211/212), adveio parecer da Douta Procuradoria de Justiça às fls. 221/222, reiterando os termos da manifestação de fls. 202/209.

É o relatório.

Com efeito, a Constituição da República afirma a saúde como direito fundamental, elencando-a como direito social (artigo 6º) e dever do Estado (artigo 196). Constitui, portanto, direito público subjetivo indisponível e decorrência indissociável do direito à vida, bem inviolável, a reclamar resguardo de forma absoluta e universal.

A jurisprudência, atenta à necessidade de se dar efetividade às normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, vem admitindo, de forma pacífica, que o direito à saúde confere ao seu titular a possibilidade de buscar o Estado-Juiz para que se obtenha do Estado-Administração os meios necessários para o gozo desse direito de forma plena, dentre os quais certamente se insere a obtenção de medicamentos e insumos necessários, de forma gratuita.

A Constituição Estadual, por sua vez, afirma peremptoriamente que o *"Poder Público estadual e municipal" "garantirão o direito à saúde" mediante o "atendimento integral do indivíduo, abrangendo a promoção, preservação e recuperação de sua saúde"* (artigo 219, parágrafo único).

Desse modo, a responsabilidade é solidária entre os entes da federação, o que significa que qualquer um deles pode ser acionado para responder integralmente pela obrigação.

O dever do Município vai muito além da entrega de medicamentos, importando no fornecimento de tudo de que o indivíduo necessitar para a promoção, preservação e recuperação de sua saúde, em virtude do dever de atendimento integral.

A costumeira alegação do apelante de que não pode desviar recursos do atendimento geral do SUS para o cumprimento das determinações judiciais impressiona, mas não convence, pois o orçamento permite contingenciamento de verbas para necessidades supervenientes e de atendimento inadiável.

E mais, a padronização de medicamentos e procedimentos *("protocolos")* é válida para o atendimento corriqueiro, não podendo servir de escusa para a não entrega dos insumos e medicamentos pleiteados, necessários ao tratamento da

Acesso ao Sumário

paciente.

Observa-se que o Superior Tribunal de Justiça, ao examinar questão referente ao *fornecimento de medicamentos não constantes dos atos normativos do SUS* (Tema 06 – REsp 1.657.156-RJ, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Seção, por unanimidade, julgado em 25/04/2018, DJe 04/05/2018) decidiu, para a concessão do pleito, pela exigibilidade cumulativa dos seguintes requisitos: a) comprovação médica do medicamento ou insumo pleiteado; b) hipossuficiência do requerente; e c) existência de registro na ANVISA.

Cumpre consignar, entretanto, que o REsp 1.657.156-RJ teve seus efeitos modulados e, destarte, submeter-se-ão às determinações vinculantes somente os feitos distribuídos a partir da conclusão do referido julgamento, ou seja, 04 de maio de 2018, o que não é o caso.

De igual forma, não há que se falar em ofensa ao princípio da separação dos Poderes (artigo 2º da Carta Magna), mas apenas e tão-somente prestação jurisdicional *in concreto*, eis que *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"*, nos estritos termos do inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição, não havendo, portanto, ingerência do Judiciário nas atribuições do Executivo.

Enfim, não é o administrador que deve decidir sobre o tratamento, mas o médico que atende a paciente e que se responsabiliza pelo receituário, como se sucede.

Dessa forma, a concessão do pleito era mesmo devida.

Tal posição encontra arrimo em diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal, dentre eles:

> "Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento". (SL 47 AgR, Rel. MIN. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, j. 17/03/2010)
>
> "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é solidária a obrigação dos entes da Federação em promover os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, tais como,

Acesso ao Sumário

na hipótese em análise, o fornecimento de medicamento à recorrida, paciente destituída de recursos materiais para arcar com o próprio tratamento. Desse modo, a usuária dos serviços de saúde, no caso, possui direito de exigir de um, de alguns ou de todos os entes estatais o cumprimento da referida obrigação. Precedentes. II Agravo regimental a que se nega provimento". (AG. REG. NO ARE N. 788.795-PR, Rel. MIN. RICARDO LEWANDOWSKI, Informativo 741)

No âmbito desta Câmara Especial, quanto ao tema em debate, não é outra a orientação:

"Mandado de Segurança. Menor. Medicamento. Tratamento. Fornecimento gratuito pelo Poder Público. É obrigação do Poder Público disponibilizar, gratuitamente, todos os meios necessários à proteção e recuperação da saúde, bem assim fornecer, sem custo algum, medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação de enfermos necessitados." (TJ/SP Apelação nº 0004692-47.2009.8.26.0642, Rel. Presidente da Seção de Direito Criminal, j. 14/03/2011).

"APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO – Sentença em mandado de segurança, que impõe ao Município o fornecimento de medicamento e insumos a criança portadora de diabetes mellitus Tipo 1 – direito à saúde que encontra fundamento nos artigos 6º, 196, 227, caput e 227, § 1º, todos da Constituição Federal, combinados com o artigo 4º, 7º e 11, do Estatuto da Criança e do Adolescente – Obrigação de fornecimento do medicamento independentemente de omissão em lista padronizada do Sistema Único da Saúde – Necessidade do medicamento demonstrada – Inexistência de violação ao princípio da separação de poderes – recursos que não comportam provimento." (TJ/SP Apelação nº 0001235-62.2012.8.26.0137, Rel. CLAUDIA GRIECO TABOSA PESSOA, j. 14/10/2013).

No que concerne à multa diária, embora esta Relatoria, em outras ocasiões, já tenha firmado posicionamento no sentido de que a sua fixação contra a Fazenda Pública se torna ineficaz, por atingir o próprio contribuinte e não diretamente o administrador, excepcionalmente, nesta seara da Infância e da Juventude, onde por lei se preponderam os interesses dos menores, deve ser mantida, a fim de reforçar a obtenção do resultado prático almejado.

Além disso, irretocável o montante arbitrado pelo MM. Juiz *a quo*, tendo em vista que não se mostra excessivo, diante do contexto fático-probatório apresentado nos autos.

Da mesma forma, não se exige a fixação de valor máximo, conforme pretende o apelante, uma vez que a natureza da multa é inibitória, cujo escopo é estimular o vencido a cumprir integralmente a determinação judicial, no caso, a entrega de medicamentos e insumos a menor hipossuficiente.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido:

"O objetivo das *astreintes* não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo Juiz". (Cf. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado*, 10a edição, São Paulo: RT, 2007, p. 673).

Quanto ao valor arbitrado a título de honorários advocatícios, ressalta-se que ele se mostra excessivo e inadequado à baixa complexidade da demanda, merecendo ser reduzido ao valor comumente adotado por esta Colenda Câmara em matéria deste jaez, atendendo integralmente aos parâmetros estabelecidos no artigo 85, do Código de Processo Civil.

Para efeito de eventual prequestionamento, importa registrar que a presente decisão apreciou todas as questões postas no recurso sem violar a Constituição ou qualquer lei infraconstitucional.

Cumpre lembrar, ainda, que o v. acórdão não tem como requisito de validade a obrigação de conter todos os fundamentos, bem como todas as referências a textos e artigos mencionados pelas partes, porquanto a sua finalidade é compor a lide. Nesse sentido: STJ AgInt no AREsp 1025315/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 20/06/2018; STJ EDcl no AgRg na Pet 1.649/RS, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/05/2004, DJ 07/06/2004, p. 147.

Ante o exposto, **dá-se parcial provimento** ao apelo e à remessa necessária.

Conflitos de Competência

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0057391-20.2017.8.26.0000, da Comarca de Araraquara, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE ARARAQUARA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DE ARARAQUARA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.320)**

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.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Decano (em exercício) e Relator

Ementa: Conflito de Competência – Prevenção – Ocorrência – Repropositura de ação anteriormente extinta sem resolução de mérito, ainda que de forma não idêntica, acarretando a hipótese de reiteração, disposta no artigo 286, II, do Código de Processo Civil – Competência do juízo suscitante – Conflito procedente.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juízo da 1ª Vara Cível, entendendo ser competente o MM. Juízo da 3ª Vara Cível da mesma Comarca para processar e julgar a ação de anulação de ato jurídico cumulada com obrigação de fazer cumulada com indenizatória cumulada com ação de tutela de urgência de natureza antecipada requerida em caráter antecedente, ajuizada por Lucilla Veiga Lopes representada por seu curador em face de Antonio Luiz Veiga Lopes e Maria Therezinha Sampaio Veiga.

A ação foi inicialmente distribuída livremente ao juízo suscitado, que determinou a redistribuição ao suscitante. Mas este último não aceitou a competência e instaurou o presente conflito.

Discute-se aqui se houve a repropositura de demanda em reiteração a outra anteriormente extinta sem apreciação do mérito, a ensejar prevenção e distribuição por dependência. O juízo suscitado entende presente tal situação, mas o suscitante não.

Designou-se o juízo suscitado para medidas urgentes (fl. 9).

Parecer da douta Procuradoria de Justiça às fls. 84/85.

É o relatório.

Compete ao MM. Juízo suscitante processar e julgar o feito.

O autor propôs uma primeira ação de tutela de urgência de natureza cautelar em caráter antecedente, que tramitou perante o Juízo suscitante, cujo feito foi extinto sem resolução de mérito, conforme depreende-se da r. sentença (fl. 6/7).

Ainda que aqui não tenha sido deduzido pedido idêntico ao anteriormente

Acesso ao Sumário

extinto sem resolução de mérito, resta configurada a reiteração da demanda, nos termos artigo 286, II do CPC, a acarretar na prevenção e distribuição por dependência.

Com efeito, o art. 286, II, do CPC dispõe que a distribuição por dependência deve realizar-se independentemente do motivo que levou a primeira ação à extinção sem resolução de mérito; não faz diferença quanto às formas de extinção do processo, para que venha ocorrer a distribuição por dependência da ação novamente proposta, bastando que a anterior tenha sido extinta sem resolução de mérito.

Assim se entendeu nesta C. Câmara Especial, nos autos do Conflito de Competência nº 0067566-78.2014.8.26.0000, relatado e decidido pelo eminente Presidente da Seção de Direito Privado, Desembargador ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO:

Desta forma, e independentemente do motivo da extinção anterior do feito sem julgamento de mérito, é "quantum satis" para se tornar prevento o Juízo que primeiro conheceu da matéria, impondo a distribuição por dependência, consoante expressamente previsto pelo artigo 253, inciso II, do Código de Processo Civil:

Art. 253. Distribuir-se-ão por dependência as causas de qualquer natureza:

(...)

II – quando, tendo sido extinto o processo, sem julgamento de mérito, for reiterado o pedido, ainda que em litisconsórcio com outros autores ou que sejam parcialmente alterados os réus da demanda.

O intuito do dispositivo é justamente o de preservar o juiz natural, o que abrange até pedidos semelhantes e não idênticos, com redução ou ampliação dos pedidos, entendimento já consolidado em precedentes desta Colenda Câmara Especial:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação cautelar de sustação de protesto extinta. Propositura posterior de ação de conhecimento com pedido de antecipação parcial da tutela para a suspensão dos efeitos do protesto. Incidência do art. 253, II, do Código de Processo Civil. Prevenção do juízo que extinguiu a cautelar. Conflito procedente. Competência do juízo suscitado. (Conflito de Competência nº 0297236-85.2011; Marília; Rel. Des. Presidente da Seção Criminal, j. 19/03/2012).

"Conflito Negativo de Competência – Varas Cíveis da mesma Comarca – Distribuição por dependência em face de outro feito, extinto sem julgamento de mérito – Admissibilidade – Art. 253, II, do CPC – Princípio do Juiz Natural – Pedidos semelhantes – Prevenção que se caracteriza, ainda que haja redução ou ampliação do pedido – Prevento o d. Juízo que conheceu da primeira ação – Conflito julgado procedente, para declarar a competência do MM. Juízo suscitado." (Conflito de Competência nº 0149831-74.2013.8.26.0000, da lavra da relatora Juíza Claudia Grieco

Acesso ao Sumário

Tabosa Pessoa, julgado em 27.1.2014).

Pelo exposto, declara-se competente o MM. Juízo da 1ª Vara Cível de Araraquara, ora suscitante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0033849-36.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA EMPRESARIAL E DE CONFLITOS DE ARBITRAGEM DA CAPITAL, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 7ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE SANTANA.

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 7ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL I – SANTANA (Juízo suscitado). V.U", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.612)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 1º de outubro de 2018.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – SUPRIMENTO DE OUTORGA DE SÓCIO PARA ALTERAÇÃO DE CONTRATO SOCIAL – INICIAL APRESENTADA ANTES DA INSTALAÇÃO DAS VARAS EMPRESARIAIS DA CAPITAL – REDISTRIBUIÇÃO QUE OFENDE O TEOR DO ART. 3º, DA RESOLUÇÃO 763/2016 DO ÓRGÃO ESPECIAL – CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DA 7ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL I – SANTANA.

VOTO

Trata-se de *conflito negativo de competência* suscitado pelo MM. JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA EMPRESARIAL E CONFLITOS DE

Acesso ao Sumário

ARBITRAGEM em face do MM. JUÍZO DE DIREITO DA 7ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL I – SANTANA, ambos da comarca de São Paulo, que declinou da competência para conhecer do processo movido por *DSI BRASIL INDÚSTRIA QUÍMICA E COMÉRCIO LTDA, TECONOPLASTIC ENGENHARIA, INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA* e JOÃO ARMANDO GONÇALVES RIBEIRO contra JOSÉ DAUDEN MARTINEZ, pretendendo suprimento de outorga para a realização de alteração de contrato social.

O feito foi inicialmente distribuído à 10ª Vara Cível Central que, fundada no endereço da sede da empresa da qual se pretende a alteração do contrato social, determinou a redistribuição para o Foro Regional II – Santo Amaro (fls. 15).

O Juízo de Direito da 1ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro declinou da competência, entendendo ser a competência fixada pelo domicílio do réu, determinando a remessa dos autos a uma das Varas Cíveis da comarca de Florianópolis, Santa Catarina (fls. 16).

Seguiu-se emenda à inicial, alterando o endereço do requerido para a comarca de São Paulo (fls. 17). A partir disto, o MM. Juízo de Direito da 6ª Vara Cível de Florianópolis determinou o retorno dos autos à 1ª Vara Cível do Foro Regional II – Santo Amaro (fls. 19).

O Juízo de Direito da 1ª Vara Cível do Foro Regional II – Santo Amaro, a partir do endereço declinado na emenda da inicial, determinou a redistribuição do feito a uma das Varas Cíveis do Foro Regional I – Santana (fls. 20).

O MM. Juízo de Direito da 7ª Vara Cível do Foro Regional I – Santana, ora suscitado, declinou da competência para a Vara Empresarial da Capital, fundada na Resolução nº 763/2016, do Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça (fls. 21).

O MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem da Capital suscita o presente conflito, sob o fundamento de impossibilidade de redistribuição do feito, posto que a inicial foi distribuída em 27.04.2017, antes da instalação daquela Vara especializada, nos termos do art. 3º, da Resolução OE 763/2016 (fls. 22/23).

Designado o Juízo suscitado para conhecer e decidir questões urgentes (fls. 25/26).

É O RELATÓRIO.

Conheço do conflito negativo de competência, com fundamento no art. 66, II, do Código de Processo Civil.

Embora o processo de origem tenha sido reiteradamente remetido a foros diversos, sob o fundamento da alteração do endereço de domicílio do réu indicado na inicial, bem como com base em eventual competência fundada no endereço da sede da sociedade empresária da qual se pretende a alteração contratual,

Acesso ao Sumário

limita-se o conhecimento do presente conflito à declinação da competência pelo Juízo de Direito da 7ª Vara Cível do Foro Regional I – Santana para a 1ª Vara Empresarial e de Conflitos de Arbitragem da Capital, eis que derradeiro.

E, de fato, a determinação de redistribuição feita pelo Juízo suscitado ofende o disposto no art. 3º, da Resolução nº 763/2016, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça.

Prevê referido dispositivo:

> *"Art. 3º Não haverá redistribuição dos feitos em andamento nas Varas Cíveis do Foro Central e Foros Regionais e nas Varas de Falência e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital."*

Ou seja, não há previsão legal para a redistribuição de processos apresentados antes da instalação das Varas Empresariais e de Conflitos relacionados à Arbitragem da Capital.

Deu-se a instalação das Varas Empresariais em **05/12/2017**.

O presente feito foi distribuído em **27/04/2017**, data a partir da qual se passou a uma discussão infindada sobre a competência para o seu conhecimento.

A decisão do Juízo suscitado, portanto, ofende o teor do art. 3º, da Resolução nº 763/2016, não podendo prevalecer.

Ante o exposto, pelo meu voto, **conheço** do conflito negativo de competência e **declaro** a competência do MM. JUÍZO DE DIREITO DA 7ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL I – SANTANA (Juízo suscitado).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0015168-18.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 17ª VARA CÍVEL DA CAPITAL, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA DA FAMÍLIA E SUCESSÕES DA CAPITAL.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31463)**

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, 24 de setembro de 2018.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Conflito negativo de competência. Ação que visa a regulamentação de visita de pessoa interditada – Interposição em face da curadora – Matéria relacionada à curatela – Competência da Vara de Família e Sucessões – Inteligência do art. 37, inc. II, "a", do Código Judiciário do Estado de São Paulo. Fazenda Pública que não figura no polo passivo, não se tratando de causa em que sua intervenção é indispensável. Jurisprudência pacífica da Câmara Especial. Conflito procedente. Competência do Juízo suscitado, da 4ª Vara de Família e Sucessões da Capital.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juiz de Direito da 17ª Vara Cível da Capital, em face de decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara da Família e Sucessões do Foro Central da Capital, nos autos da ação movida por M.C.T. visando à regulamentação de visitas de pessoa idosa interditada.

Afirma o Juízo suscitante competir ao suscitado conhecer da ação, porque o Código Judiciário, em seu art. 37, inc. II, alínea "a", estabelece a competência das Varas de Família e Sucessões para processar *"as questões relativas a capacidade, pátrio poder, tutela e curatela, inclusive prestação de contas"*. Sustenta que se trata de conflito entre irmãos que possuem entendimentos divergentes sobre o que consideram ser o melhor para a sua genitora, a qual se encontra interditada, situação que permite observar reflexos do pátrio poder dos filhos sobre a mãe. Assim, segundo o suscitante, ao decidir sobre quem tem permissão ou não para visita, a curadora (irmã do requerente) estaria tratando diretamente sobre dos interesses do curatelado e, consequentemente, estaria exercendo o poder de curatela, matéria da competência do Juízo da Família e Sucessões (fls. 2/5).

O MM. Juiz suscitado, por sua vez, alega que embora a genitora do requerente esteja sob curatela, o pedido formulado não se enquadra aos termos do Código Judiciário do Estado de São Paulo (art. 37, II, "a"), mas diz respeito ao direito de convivência familiar, conforme a Lei nº 20.741/03 (fls.19/20).

Designado o Juízo suscitante para decidir as questões urgentes (fl. 50), opinou a Douta Procuradoria-Geral de Justiça pela competência da Vara de Família e Sucessões.

É o relatório.

Conhece-se do presente conflito, porque ambos os Magistrados declinaram

Acesso ao Sumário

da competência para conhecer do feito.

Em que pese os argumentos apresentados pelo Juízo suscitado, a ele compete processar e julgar o feito.

A ação sobre a qual se discute a competência é movida por M.C.T. e visa à regulamentação do direito de visita de pessoa idosa interditada, em face de sua curadora C.C.S.C. irmã do requerente.

A discussão a respeito do exercício do direito de visitas está afeta ao direito de família e se dá no âmbito do juízo competente que é o da interdição, pois é quem cabe fiscalizar a conduta das partes, daí porque, no caso, ter sido o feito distribuído a uma das Varas da Família e Sucessões, e não ao Juízo Cível.

A matéria em discussão está disposta no Código Judiciário do Estado de São Paulo:

Artigo 37 – Aos Juízes das Varas da Família e Sucessões compete:

II – conhecer e decidir as questões relativas a:

a) capacidade, pátrio poder, tutela e curatela, inclusive prestação de contas;

A competência, no caso, estabelece-se em razão da matéria e, sobre o tema, é tranquila a jurisprudência desta C. Câmara Especial:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de indenização por abandono afetivo, ajuizada por filho reconhecido judicialmente em face do genitor – Imputação de ilícito que guarda relação com o cumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar – Matéria de fundo relativa ao Direito de Família – Conflito julgado procedente para declarar competente o Juízo Suscitante" (TJSP, Conflito de Competência nº 0184269-63.2012.8.26.0000, Câmara Especial, rel. Silveira Paulilo, j. 28/01/2013).

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. – Ação de interdição e internação compulsória intentada pela autora em face de seu filho. – Demanda que se enquadra nos critérios que determinam a competência da Vara da Família e Sucessões, definida nos incisos I e II do art. 37 Decreto-Lei Complementar n. 3, de 27-8-1969 (Código Judiciário do Estado de São Paulo) – Competência da Vara da Família. Competência do M. Juízo suscitado para apreciar e decidir na espécie" (TJSP; Conflito de competência 0056815-61.2016.8.26.0000; Relator: Ricardo Dip (Pres. da Seção de Direito Público); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Marília – 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 15/12/2016; Data de Registro: 19/12/2016).

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de internação compulsória ajuizada perante a 2ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Marília, que declina da competência, determinando a remessa dos autos a uma das Varas Cíveis da Comarca de Marília. Impossibilidade. Inteligência do

Acesso ao Sumário

artigo 37, incisos I e II, do Código Judiciário do Estado de São Paulo e do artigo 4º, inciso II, do Código Civil. Conflito procedente para declarar a competência do MM. Juízo suscitado, da 2ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Marília" (TJSP; Conflito de competência 0058165-84.2016.8.26.0000; Relator: Luiz Antonio de Godoy (Pres. da Seção de Direito Privado); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Marília – 2ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 06/02/2017; Data de Registro: 08/02/2017)

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de internação compulsória objetivando tratamento de dependência química em instituição de direito privado, ajuizada pelo pai em face de seu filho. Discussão afeta ao estado e/ou capacidade do requerido. Demanda que se enquadra nos critérios que determinam a competência da Vara da Família e Sucessões. Inteligência do artigo 37, incisos I e II, do Código Judiciário do Estado de São Paulo. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo da 2ª Vara da Família e Sucessões de Marília, ora suscitante" (TJSP; Conflito de competência 0032141-19.2016.8.26.0000; Relator: Issa Ahmed; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Marília – 2ª Vara da Família e das Sucessões – Res. 361/07; Data do Julgamento: 05/12/2016; Data de Registro: 09/12/2016)

Ante o exposto, **julga-se procedente** o presente conflito, declarando a competência do Juízo suscitado, da 4ª Vara da Família e Sucessões da Capital, para processar e julgar a ação.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2147006-50.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente J.G.B. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, denegaram a ordem. Vencida a Relatora sorteada que declara voto. Acórdão com o 2º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.548)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), vencedor, DORA APARECIDA MARTINS, vencida, ARTUR

MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente).

São Paulo, 3 de setembro de 2018.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator Designado

Ementa: *Habeas Corpus* – Infância e juventude – Ato infracional equiparado ao crime de roubo duplamente majorado – Medidas socioeducativas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade – Pedido de extinção – Relatório SMSE/MA favorável – Inadmissibilidade – Ausência de ilegalidade – Decisão fundamentada – Magistrado não está adstrito à conclusão de relatórios emitidos pela unidade de internação ou qualquer outro órgão auxiliar da justiça – Aplicabilidade do princípio do livre convencimento – Inteligência da Súmula nº 84, do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Constrangimento ilegal não evidenciado – Ordem denegada.

VOTO

Adoto o relatório da eminente Relatora Sorteada, DESª DORA A. MARTINS, e, em que pese o brilho dos seus argumentos, sempre lúcidos, ouso deles divergir, a fim de **denegar** a ordem de *habeas corpus*.

Isto porque, a meu sentir, não há constrangimento ilegal na r. decisão judicial que, ao examinar relatório conclusivo elaborado pela equipe técnica do SMSE/MA, sugerindo a extinção das medidas socioeducativas, revoga a medida de prestação de serviços à comunidade diante do integral cumprimento e, no tocante à liberdade assistida, determina a **intensificação das intervenções técnicas**.

Trata-se de paciente responsabilizado pela prática de ato infracional equiparado a crime de roubo duplamente majorado, previsto no artigo 157, § 2º, I e II, do Código Penal, por fatos ocorridos em 11 de setembro de 2016, sendo-lhe aplicadas as medidas socioeducativas de liberdade assistida e prestação de serviço à comunidade (fls. 12/14 e 21/23).

Embora o relatório de encerramento da equipe técnica da *"Associação Cultural Nossa Senhora Das Graças"* tenha sido favorável à extinção das medidas, não se pode perder de vista se tratar de paciente responsabilizado por ato infracional grave – roubo duplamente majorado – que ***descumpriu as medidas impostas já no mês de fevereiro de 2017***, tendo retomado o cumprimento somente no mês de dezembro do mesmo ano (fls. 51/55 e 138/139), e, após o

Acesso ao Sumário

retorno, foi reprovado no ano letivo por baixa frequência escolar, não concluiu cursos profissionalizantes e não comprovou o exercício de atividade laborativa.

Tais circunstâncias não podem ser desconsideradas pelo magistrado responsável pelo acompanhamento da medida socioeducativa, razão pela qual se recomenda maior cautela na concessão da pretendida extinção.

O MM. Juiz *a quo*, analisando concretamente o caso e suas peculiaridades, manteve a medida imposta e determinou a intensificação das intervenções técnicas até a comprovação do exercício de ocupação lícita, essencial à ressocialização, bem como a remessa ao Juízo de comprovantes atualizados de frequência às aulas e/ou cursos profissionalizantes ou trabalho (fls. 216).

Cumpre consignar que o magistrado não está adstrito à conclusão dos relatórios elaborados pela equipe técnica da *Fundação CASA, do Serviço de Medidas Socioeducativas em meio aberto – SMSE/MA*, ou de qualquer outro órgão auxiliar da justiça, diante do princípio do livre convencimento.

Assim, o relatório de encerramento favorável à extinção da medida, elaborado pela equipe técnica da *SMSE/MA*, por si só, não é suficiente ao deferimento do benefício, sendo perfeitamente possível ao Juízo afastá-lo, desde que o faça de forma fundamentada, considerando as circunstâncias dos fatos, o que ocorreu no presente caso.

Importante destacar, ainda, que a atividade desenvolvida no processo de execução é jurisdicional e, portanto, cabe ao Poder Judiciário proferir decisão final sobre os incidentes ocorridos, como a extinção, manutenção ou substituição de uma medida socioeducativa.

Impende rememorar, nesse passo, o disposto na Súmula 84, deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: *"O juiz, ao proferir decisão na execução da medida socioeducativa, não está vinculado aos laudos da equipe técnica".*

Quanto à alegação de ser a decisão *extra petita*, por contrariar o requerido pelas partes, violando os princípios da inércia da jurisdição, da ampla defesa e do devido processo legal, é certo que ao Juízo da execução é conferido *poder geral de cautela* para eleger as providências apropriadas para corrigir o *socioeducando*, de acordo com suas necessidades pedagógicas e protetivas, não estando adstrito ao requerimento das partes, como prevê o artigo 148, I, do ECA.

Neste sentido, há precedente desta Câmara Especial:

"HABEAS CORPUS. Ato infracional análogo ao crime de roubo majorado. Aplicação da medida socioeducativa de semiliberdade. Descumprimento. Pleitos de ambas as partes de extinção da medida socioeducativa. Indeferimento. Inexistência de violação aos princípios da inércia da jurisdição, da ampla defesa e do devido processo legal. Juiz que pode

deliberar sobre as medidas necessárias ao processo de ressocialização do adolescente. Ordem judicial para expedição de mandado de busca e apreensão para apresentação do jovem em audiência de justificação. Súmula 265 do C. Superior Tribunal de Justiça. Respeito às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Desnecessidade de prévia tentativa de condução coercitiva. Na hipótese de apreensão, o jovem deverá ser ouvido pelo MM. Juízo origem no mesmo dia ou, no máximo, no primeiro dia útil subsequente. Com a realização de audiência e se for o caso, poderá ser decretada a internação-sanção pelo r. Juízo de primeiro grau. Ordem denegada, com observação" (*Habeas Corpus* nº 2106793-07.2015.8.26.0000, Câmara Especial TJSP, Rel. Des. CARLOS DIAS MOTTA, j. em 17/08/2015).

Inadmissível, assim, a imediata extinção da medida socioeducativa de liberdade assistida, porquanto ausente qualquer constrangimento ilegal que deva ser reparado por meio da presente impetração.

Ante o exposto, pelo meu voto, **denego** a ordem.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 7.867)

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em favor do adolescente **J.G.B.**, contra o constrangimento ilegal supostamente imposto pelo MMª Juíza de Direito, *Cindy Covre Rontani da Fonseca*, do Departamento de Execuções da Vara da Infância e Juventude da Capital – DEIJ, que, a despeito de laudo técnico favorável, e da concordância do Ministério Público, indeferiu o pedido de extinção da medida socioeducativa de liberdade assistida em curso (fls. 216).

Sustenta, em síntese, que o paciente foi responsabilizado pela prática de ato infracional ocorrido em (...), com a aplicação de medidas socioeducativas de *liberdade assistida* e *prestação de serviços à comunidade*. Afirma que a D. Autoridade apontada como coatora, após o relatório de encerramento da medida, indeferiu o pedido das partes de extinção desta e, apesar de revogar a prestação de serviços à comunidade, manteve a liberdade assistida. Alega, no entanto, que a r. decisão é *extra petita*, com violação aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e da inércia. Afiança que o Juízo adotou decisão que não foi requerida por quaisquer das partes e que a defesa não teve oportunidade de apresentar argumentos contra o que foi de fato decidido, uma vez que o Ministério Público também postulou a extinção da medida. Ressalta que o Ministério Público tem o poder de iniciar o processo e, portanto, também o de requerer a revogação ou extinção de medida socioeducativa, ficando o Juiz impedido de decidir além do pleito ministerial. Assegura, ainda, que a r. decisão

Acesso ao Sumário

viola os princípios específicos da legalidade, excepcionalidade da intervenção judicial, brevidade da medida, individualização e mínima intervenção judicial, previstos no artigo 35, da Lei nº 12.594/12. Aduz que a Lei do SINASE prevê que a medida socioeducativa deverá ser declarada extinta quando realizada a sua finalidade, que, de acordo com o seu artigo 1º, § 2º, consubstancia-se pela responsabilização do adolescente, pela integração social e pela desaprovação da conduta infracional, não tendo o legislador estabelecido qualquer margem de apreciação ao julgador. Garante, também, que, segundo o relatório da equipe técnica do SMSE/MA, todas as metas estabelecidas no PIA foram atingidas pelo paciente, tendo a medida socioeducativa alcançado o seu objetivo, de sorte que inexiste fato ou motivo efetivo para prolongar a tutela jurisdicional. Sustenta que a frequência escolar é demanda socioassistencial e não socioeducativa, de modo que a prorrogação da medida em razão unicamente desta questão não se justifica. Destaca, por fim, que prolongar a liberdade assistida por tanto tempo prejudica o socioeducando que se sente desestimulado a continuar cumprindo uma medida que parece nunca ter fim, bem como que a razão que justificava a medida socioeducativa se perdeu diante do tempo transcorrido desde a infração, de modo que estender a medida significa continuar punindo uma pessoa que já não é mais aquela que praticou o ato, o que configura inegável violação do artigo 5º, XLV, da Constituição Federal.

Requer, assim, em caráter liminar e no mérito, seja cassada a r. decisão e julgada extinta a medida, mormente à luz dos princípios da individualização, da intervenção mínima e da brevidade das medidas.

Por decisão monocrática (fls. 223/226), o Des. Fernando Torres Garcia, no impedimento ocasional desta Relatora, não conheceu do *habeas corpus*, vindo a torná-la sem efeito posteriormente (fls. 228).

Indeferida a liminar (fls. 229/233), a Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 238/242).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Respeitado o entendimento da douta maioria da Turma Julgadora, entendo que a decisão que indeferiu o pedido de extinção da execução da medida socioeducativa de liberdade assistida, a despeito de laudo técnico favorável, merecia ser reformada.

Segundo consta, o paciente foi responsabilizado pela prática de ato infracional equiparado ao crime de roubo duplamente majorado, previsto no artigo 157, § 2º, I e II, do Código Penal, por fatos ocorridos em (...), sendo-lhe aplicada medidas socioeducativas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade (fls. 12/14 e 21/23).

Posteriormente, o setor técnico responsável pelas medidas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade apresentou relatório sugerindo

a extinção das medidas (fls. 174/178), com a qual houve a concordância do Ministério Público (fls. 200).

Contudo, a Magistrada de origem revogou a medida de prestação de serviços à comunidade, mas determinou o prosseguimento da medida de liberdade assistida, sob a alegação de que o educando *"tem 17 anos de idade, encontra-se retido por baixa frequência escolar, não concluiu cursos profissionalizantes no decorrer da medida de liberdade assistida nem comprovou o exercício de atividade laborativa lícita"* (fls. 216).

Impetrado, então, o presente *writ*.

Conforme se extrai dos autos, o relatório técnico de encerramento de medida do adolescente demonstra que ele apresentou evolução comportamental e atingiu as metas impostas em seu PIA, fazendo jus a extinção das medidas, tendo em vista o atingimento de suas finalidades (fls. 174/178).

Referida evolução foi avaliada por meio de minucioso relatório, elaborado por profissionais especializados, os quais acompanham o paciente, estando, pois, aptos a emitirem parecer sobre o comportamento e viabilidade do pleno convívio social, seja pela sua capacidade técnica, seja pela convivência próxima que possuem com o adolescente.

Se os técnicos apresentaram razões socioeducativas para a extinção das medidas, indeferi-las significa atentar contra a própria finalidade do tratamento ressocializador.

Segundo constou do laudo técnico *"o adolescente apresentou todas as documentações pertentes a sua idade, comparecendo assiduamente nos atendimentos de sua medida seguindo orientações realizadas por este corpo técnico. Sua genitora Sra. C.G.C. sempre demostrou total apoio e compromisso com a ressocialização do seu filho no processo de ressocialização do adolescente. [...] apresenta de forma comprometida e educada, sempre aberto aos diálogos. Hoje o adolescente encontra-se matriculado na Escola Municipal de Ensino Fundamental (...), localizada na (...) – (...) no 3° B, do Ensino de Jovens e Adultos (EJA) no período noturno das 19:00 as 23:00, o adolescente verbaliza que mudou para o período noturno porque está procurando uma oportunidade para ingressar no mercado de trabalho, no entanto o mesmo está tendo uma ótima frequência. [...] Desta forma percebemos que a metas estabelecidas através do Plano Individual de atendimento foram atingidas de forma positiva pelo adolescente, havendo também por parte dele a compreensão das consequências e privações sofridas pelo Ato Infracional cometido e consequências geradas"*.

Como se vê, o jovem cumpriu satisfatoriamente as medidas que lhe foram impostas; tem respaldo familiar; apresenta projetos para o futuro e conta com parecer favorável à extinção das medidas, realizado por profissionais que acompanham seu processo de ressocialização.

Acesso ao Sumário

Ainda, o Ministério Público de origem opinou favoravelmente à extinção das medidas, assim se manifestando: *"todas as ações desenvolvidas para a integração social do adolescente e para a efetivação de seus direitos fundamentais (saúde, educação, profissionalização, cultura, dignidade, convivência familiar e comunitária) tiveram bom êxito, graças ao desempenho satisfatório dele na implementação do Plano Individual de Atendimento (PIA). Em face do exposto, o Ministério Público é favorável à extinção da presente execução, conforme o disposto nos arts. 1º, § 2º, e 46, II, da lei nº 12.594/2012."* (fls. 200).

Por outro lado, não se pode atrelar a extinção da medida de liberdade assistida à inserção do jovem no mercado de trabalho ou à comprovação de desempenho escolar, pois constou do laudo técnico que o jovem encontra-se matriculado na rede de ensino e está em busca de sua inserção no mercado de trabalho.

Diante de todas as considerações favoráveis, não se mostra possível o não acolhimento do laudo, ressaltando-se que o jovem não pode ficar indefinidamente em cumprimento de medida socioeducativa, inclusive por não haver nos autos notícias de envolvimento em outros ilícitos.

Deste modo, tendo em vista o decurso de tempo desde a prática do referido ato infracional (...) somado ao relatório técnico apresentado e manifestação do Ministério Público, de rigor a extinção da medida socioeducativa de liberdade assistida imposta ao jovem, pelo atingimento de sua finalidade.

Ante o exposto, pelo meu voto, respeitada a convicção da douta maioria, **CONCEDIA A ORDEM**, nos termos acima explicitados.

Dora A. Martins, Desembargadora, Relatora sorteada vencida

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2162827-94.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante D. P. DO E. DE S. P. e paciente J.C.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 27.657)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e DAMIÃO COGAN (DECANO).

São Paulo, 17 de setembro de 2018.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de

***Habeas Corpus* – Infância e juventude – Ato infracional equiparado a crime de tráfico de entorpecentes – Medida socioeducativa de internação substituída por semiliberdade – Reiterado descumprimento – Evasão em saída autorizada – Expedição de mandado de busca e apreensão – Constrangimento ilegal não caracterizado – Tentativas frustradas de sensibilização do adolescente para o processo ressocializador – Situação de risco – Ordem denegada.**

VOTO

A Defensora Pública Danielly Salviano Pereira Silva impetra a presente ordem de *habeas corpus* em favor de **J.C.L.**, 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 internação, por fato ocorrido em 28/07/2015 e, após longo período, a medida foi substituída pela semiliberdade.

Noticiado o descumprimento, determinou-se a expedição de mandado de busca e apreensão. Decorrido o prazo de vigência do mandado, foi requerida a extinção da medida socioeducativa, o que foi indeferido.

Alega, no entanto, que a r. decisão ora hostilizada padece de ilegalidade, porquanto fundamentada apenas no desinteresse do paciente e na necessidade de continuidade das intervenções.

Ressalta, outrossim, que se esvaiu o caráter pedagógico da medida, restando apenas a faceta punitiva, sobretudo porque o paciente completará 21 (vinte e um) anos em 31 de agosto de 2019.

Requer, em caráter liminar, a suspensão da medida socioeducativa e, no mérito, a extinção da execução.

A liminar foi indeferida, com a dispensa das informações da D. Autoridade apontada como coatora (fls. 190/192).

A D. Procuradoria Geral de Justiça, com o parecer de fls. 197/200, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

A presente ordem deve ser denegada, porquanto ausente o apontado constrangimento ilegal.

Trata-se de paciente responsabilizado pela prática de ato infracional

Acesso ao Sumário

equiparado a crime de tráfico de entorpecentes, previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, por fatos ocorridos em 28 de julho de 2015, sendo-lhe aplicada medida socioeducativa de *internação* (fls. 06/08 e 30/35), substituída, no curso da execução, por *semiliberdade* (fls. 98/99).

Pretende a impetrante, por meio deste remédio heroico, a extinção desta medida socioeducativa.

Razão, porém, não lhe assiste.

Consta que o paciente é ***reincidente*** (fls. 17 e 29), já tendo descumprido anterior medida socioeducativa (fls. 36), e, agora, com a sua progressão para a semiliberdade, faz menoscabo da medida imposta, de forma reiterada e injustificada, ao não retornar de saídas autorizadas. Após contato, a genitora informou que o filho não pretende retornar à unidade (fls. 122/123 e 157/158).

Destarte, o que ocorre no caso em tela é que o adolescente, ciente da necessidade de cumprimento da atual medida de semiliberdade, não demonstra qualquer responsabilidade com seu processo de ressocialização.

É sabido que a medida socioeducativa possui também objetivo pedagógico, cuja finalidade principal é auxiliar o adolescente desregrado em seu desenvolvimento pessoal, para que possa adquirir senso crítico e melhorar seu quadro comportamental.

A medida de semiliberdade, especificamente, é baseada na responsabilidade e disciplina do infrator e a conduta do adolescente e seus responsáveis demonstra o oposto, sem qualquer comprometimento com o Judiciário e a reeducação do paciente.

Importante esclarecer, por fim, que o mandado de busca e apreensão se mostra necessário para que o adolescente compareça em Juízo e justifique o descumprimento da medida, não havendo que se falar, por ora, em regressão para internação e, portanto, em ofensa à Súmula 265 do STJ ou, ainda, ao artigo 43, § 4º, da Lei do SINASE.

Assim, em razão da gravidade do ato perpetrado, da persistência na prática infracional, do histórico de descumprimento de medidas socioeducativa, com evasões, não há que se falar em *falta de atualidade*, uma vez que a medida socioeducativa imposta, por certo, ainda não alcançou a sua finalidade e o paciente continua desregrado, em evidente situação de risco.

Ausente, portanto, qualquer constrangimento ilegal que deva ser reparado, neste instante processual, por meio da presente impetração.

Ante o exposto, pelo meu voto, **denego** a ordem.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2175062-93.2018.8.26.0000, da Comarca de Carapicuíba, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente K.L.C.A. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 51788)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 1º de outubro de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: *HABEAS CORPUS*. INFÂNCIA E JUVENTUDE. PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO POR SENTENÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA PARA REAPRECIAÇÃO DE MÉRITO DE SENTENÇA. UNIDADE DE INTERNAÇÃO LONGE DA RESIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE UNIDADE PRÓXIMA. DIREITO RELATIVO. VERBA DE AUXÍLIO DESLOCAMENTO AOS FAMILIARES. PORTARIA NORMATIVA Nº 285/2016 DA FUNDAÇÃO CASA. 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 do adolescente K.L.C.A., com pedido de medida liminar, sob o argumento de que o paciente sofre constrangimento ilegal decorrente de ato do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Carapicuíba, que julgou procedente representação, para reconhecer a prática de infração análoga ao crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, aplicando ao adolescente medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado

(fls. 22/25).

Sustenta a impetrante ser inadequada a medida socioeducativa de internação, pois a infração não foi cometida mediante violência ou grave ameaça a pessoa e o paciente é primário e não praticou, reiteradamente, infrações graves. Aduz que o rol de hipóteses do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente é taxativo. Além disso, alega que a internação ocorreu em unidade diversa de onde reside a família, em desacordo com o art. 49, II, da Lei nº 12.594/2012. Pretende a concessão da ordem, para cassar a decisão que manteve a medida de internação por prazo indeterminado, aplicando-se outra em meio aberto.

Indeferido o pedido de medida liminar (fls. 10/11), a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não conhecimento do writ ou, caso conhecido, pela denegação da ordem (fls. 17/21).

É o relatório.

É o caso de denegação da ordem.

O habeas corpus é ação constitucional que visa a sanar coação ou ameaça ao direito de locomoção e, em razão de sua natureza jurídica, sua utilização pressupõe evidente ilegalidade, bem como a concreta configuração de ofensa, atual ou iminente, ao direito de locomoção.

É por causa disso que a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem restringindo as hipóteses de cabimento do habeas corpus às situações excepcionais em que flagrante o constrangimento ilegal, não mais admitindo sua utilização em substituição a recurso, sobretudo quando a apreciação do caso exige o reexame das matérias fáticas e jurídicas.

Assim, o habeas corpus não se afigura, na hipótese, como medida cabível para questionamento da sentença que determinou a aplicação de medida socioeducativa de internação, sujeita a recursos previstos na legislação.

Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, verbis: *"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. WRIT MANEJADO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO. EXAME DO MÉRITO. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RÉ ENVOLVIDA EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. NECESSIDADE DO REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. (...) III Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelas instâncias ordinárias, seria necessário o reexame de fatos e provas, providência incabível em habeas corpus, por se tratar de instrumento destinado à proteção de direito demonstrável de plano, que não admite dilação probatória. Precedentes. Recurso ordinário ao qual se nega provimento."* (STF, recurso ordinário em habeas corpus nº 118381/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª T., j. 12.11.2013, DJE 25.11.2013). *"HABEAS CORPUS –*

Acesso ao Sumário

JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea 'a', da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do habeas corpus." (H. C. 116759, rel. Ministro Marco Aurélio, 1ª T. j. 10/6/2014).

É o entendimento também do Superior Tribunal de Justiça: *"I. Conquanto o uso do habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis – ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo – crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas corpus. II. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC n.º 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da 'inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal.'"* (HC 222.217/SC, Rel. Min. Gilson Dipp, 5º T., j. 12/6/12); *"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA E RECEPTAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. RÉU QUE TENTOU INFLUENCIAR NAS INVESTIGAÇÕES. FUNDAMENTO SUFICIENTE, POR SI SÓ, PARA DETERMINAR A CUSTÓDIA PROVISÓRIA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. 1. Não é cabível a utilização do habeas corpus como substitutivo do recurso adequado. Precedentes. 2. A indicação de elementos concretos, no tocante à conveniência da instrução criminal, em face da tentativa do acusado de interferir nas investigações policiais, constitui, na hipótese vertente, motivação satisfatória à manutenção da custódia cautelar, não havendo falar, assim, em coação ilegal. 3. Ordem não conhecida"* (H. C. 280.881/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., j. 10/6/2014).

Além do mais, em que pese ser recomendável a presença de familiares durante o processo de ressocialização do adolescente, a interpretação literal do art. 49, II, da Lei nº 12.594/12, que possibilitaria a liberação, pela simples inexistência de vaga em sua comarca de origem, ensejaria ofensa ao princípio da proteção integral da adolescente (art. 227, caput, da Constituição Federal). Conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, não é absoluto o direito de o adolescente ter a família por perto no caso de internação, o que pode ser

Acesso ao Sumário

excepcionado, desde que justificadamente, como quando não houver vaga em unidade localizada próxima à residência da família (H C 287.618/MG, rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, j. 13/5/2014).

Ademais, nos termos da Portaria Normativa nº 285/2016 da Fundação Casa, concede-se verba, a título de auxílio financeiro, para despesas decorrentes do deslocamento dos familiares, a fim de evitar a quebra do vínculo afetivo de adolescentes que cumprem medida fora da comarca de origem: *"Artigo 1º – Fica autorizada a concessão de verba, a título de auxílio financeiro, para despesas decorrentes de deslocamento (transporte) de familiares de adolescentes, dos programas de Internação Provisória, Semiliberdade e Internação da Fundação CASA-SP, para visitas e participação em eventos/ entrevista/ elaboração do PIA e outros acontecimentos voltados ao desenvolvimento da medida socioeducativa nos Centros de Atendimento"*.

A respeito da questão já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: *"HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. VIA INADEQUADA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. APLICADA. ART. 122, II, DO ECA. PACIENTE INTERNADA EM COMARCA DIVERSA DAQUELA DE SUA MORADIA. POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. 1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, inviável o seu conhecimento. 2. É relativo o direito da adolescente de ser internada em instituição situada na mesma localidade do domicílio de seus pais ou responsável, eis que o teor do inciso VI do artigo 124 do aludido Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre a possibilidade da internação ocorrer em local próximo ao referido domicílio. In casu, não há unidade apropriada para medida de internação na Comarca de moradia dos pais da paciente, sendo, portanto, possível o cumprimento da providência na localidade mais próxima. Esclareça-se que, embora o ato infracional não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça, não se pode desmerecer o fato da medida de internação ter sido imposta em razão do art. 122, II, do aludido Estatuto. 3. Habeas corpus não conhecido"* (HC 337.830/SP, 6ª T., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 17/11/15, DJe 30/11/15).

Portanto, não está configurado qualquer constrangimento ao paciente decorrente de ilegalidade ou abuso de poder.

Pelo exposto, denego a ordem.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2087099-47.2018.8.26.0000, da Comarca de Peruíbe, em que é paciente N.J.R.A. (MENOR) e impetrante I.T.S.

ACORDAM, em Câmara Especial 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 31.550)**

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, 8 de outubro de 2018.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: *Habeas corpus* – Impetração contra decisão que determinou a retirada da criança do seio da sua família – Alegação de constrangimento ilegal uma vez que a manutenção do infante na instituição de acolhimento afronta o artigo 6º do ECA – Anote-se, "a priori", após informações do Juízo, que inexiste ato ilegal a ser reparado, vez que a decisão atacada se mostra devidamente fundamentada – "Writ" denegado.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com liminar, impetrado pela Advogada, Doutora I.T.S., em favor da criança N.J.R.A. (DN (...)) contra a decisão que, nos autos de ação destinada à aplicação de medida de proteção, com acolhimento institucional e com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, promovida pelo representante do Ministério Público, determinou a retirada da referida criança do seio de sua família.

Indeferida a liminar (fls. 279/282), foram prestadas informações e documentos (fls. 291/330) e, nesta instância, a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento e, no mérito, pela denegação da ordem (fls. 333/337).

É o relatório.

Desde logo, cabe ressaltar que o *habeas corpus*, como é sabido, é ação constitucional própria para a tutela da liberdade de locomoção dos indivíduos

Acesso ao Sumário

em face de eventuais constrangimentos arbitrários, o que significa, então, que a finalidade precípua do referido remédio constitucional é a proteção do direito de ir e vir das pessoas perante a ilegalidade ou abuso de poder.

Em verdade, após as informações do nobre Juiz restou clara a inexistência de ilegalidade ou abuso de poder. A criança está institucionalizada provisoriamente, visto que não há nenhuma segurança de que o requerido seja efetivamente o seu genitor e, como se vê, há nos autos informação de que a paternidade consistiu em verdadeira fraude e simulação (fls. 329/330).

Dessa forma, o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de apelação, sobretudo quando a apreciação do caso exige nova verificação das provas o que, como se sabe, não pode ser feito em estreitos limites deste *writ*.

Para a concessão da ordem, medida de caráter excepcional, necessária a ocorrência de induvidoso constrangimento ilegal, situação que aqui não se verifica presente, vez que a decisão guerreada está amparada em farto conjunto de estudos técnicos sobre a família do infante.

Pelo exposto, assim como bem colocado pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça, denega-se a presente ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2172466-39.2018.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é impetrante F.G.B. e paciente J.L.Z.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.570)**

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, 8 de outubro de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Acesso ao Sumário

Ementa: *HABEAS CORPUS*.

Execução de medida socioeducativa. Ato infracional equiparado a roubo majorado (art. 157, § 2º, inc. II do CP). Indeferimento da extinção, com manutenção

da internação. Relatório técnico não vincula o Magistrado. Inteligência da Súmula nº 84 deste Eg. Tribunal de Justiça. Atendimento ao princípio da proteção integral. Autoria e materialidade confirmadas em sentença. Inexistência de ilegalidade. Ordem denegada.

VOTO

1. Trata-se de ***habeas corpus*** de F.G.B. em favor de J.L.Z., nascido em (...), contra a decisão de indeferimento da **extinção** ou **progressão** da medida socioeducativa, com manutenção da **internação** (fls. 37/38).

Sustentou, em resumo, a existência de relatório elaborado pela equipe técnica responsável pela execução noticiando o cumprimento das metas do PIA. Argumentou sobre a ilegalidade da decisão combatida por falta de fundamentação, pois ausente os requisitos ensejadores da internação provisória (indícios de autoria e materialidade), inobservância das formalidades legais (art. 173, I do ECA). Por fim, alegou ausência de necessidade imperiosa da medida extrema, pois o jovem não colocará obstáculos à instrução do feito ou ao cumprimento de eventual medida e possui família estruturada. Daí a liminar para a imediata desinternação do adolescente. No mérito, pugnou pela confirmação da ordem (fls. 01/12).

Indeferiu-se a liminar (fls. 40/41). O MM. Juiz prestou informações (fls. 45/48). Opinou a Douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 51/53).

É o relatório.

2. A ordem deve ser denegada.

Não há ilegalidade ou abuso de poder em decisão mantendo a **medida extrema**, divergindo do relatório apresentado pela equipe da Fundação Casa.

No tocante à manutenção da internação, o Magistrado **não** está vinculado ao laudo, podendo discordar, fundamentadamente, do seu resultado, como ocorreu ao considerar a gravidade do ato infracional (roubo majorado).

Prevalece o princípio do livre convencimento motivado, consoante pacificada orientação jurisprudencial e doutrinária (art. 93, IX da CF).

Este, inclusive, é o teor da **Súmula nº 84** deste **Eg. Tribunal de Justiça**:

"O juiz, ao proferir decisão na execução da medida socioeducativa, não está vinculado aos laudos da equipe técnica".

Apesar da conclusão positiva da equipe técnica incumbida da execução da medida, **há** elementos suficientes a justificar a continuidade da medida extrema.

O paciente praticou ato infracional grave, equiparado a roubo majorado, é usuário de drogas, possui passagem anterior na Vara da Infância e Juventude por

Acesso ao Sumário

receptação (fl. 18 dos autos de origem), o que recomenda cautela na **extinção**.

De mais a mais, o propósito da medida socioeducativa é a ressocialização do jovem infrator, ou seja, torná-lo apto ao convívio social. A interrupção prematura do procedimento reeducativo pode trazer prejuízos ao paciente, o que não se harmoniza com os princípios da proteção integral preconizado pelo ECA.

Por fim, a alegada ilegalidade da decisão por ausência de autoria e materialidade não se mantém, primeiro porque não é matéria tratada na decisão combatida. Segundo porque o procedimento de apuração do ato infracional equiparado a roubo majorado foi concluído e, contra o adolescente, há sentença de procedência proferida em 23.10.2017 (fls. 35/36), mantida em grau de recurso (AC nº 0.033.289-65.2017.8.26.0506). Assim, superado o momento processual, não há se falar em ausência de requisitos ensejadores da **internação provisória**, pois se iniciou a **execução de medida socioeducativa**.

3. Denego a ordem.

Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária nº 1054070-40.2016.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, são recorridos P.H.F.S.S. (MENOR), F. DO E. DE S. P. e S. DE S. DO E. DE S. P. R. DE C.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Retificando a tira de julgamento anterior, foi revertido o julgamento estendido. Por maioria, negaram provimento ao recurso. Vencido o 2º Juiz que declara voto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.138)**

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, 3 de setembro de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Acesso ao Sumário

Ementa: TEMA 106.

Suspensão do andamento do processo – Julgamento do REsp 1.657.156/RJ – Art. 1.037, II, do CPC. Solução do incidente em 25.04.18. Modulação.

OBRIGAÇÃO DE FAZER. REEXAME NECESSÁRIO.

Fornecimento de Medicamento

Presença dos pressupostos necessários à concessão. Descabido alegar ofensa a princípios constitucionais e direitos fundamentais, ou entraves orçamentários. Não há prova desconstituindo direito do autor (art. 333, II, do CPC/73 e art. 373, II, CPC/15).

Recurso não provido.

VOTO

1. Trata-se de **reexame necessário** da r. sentença (fls. 66/69), que, em **ação de obrigação de fazer**, tornou definitiva a tutela concedida (fls. 28/29) para fornecer o medicamento VENVANSE 50mg a menor enfermo hipossuficiente.

Não oferecido recurso voluntário (fl. 105).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 111/118).

O processo foi suspenso – **TEMA 106** (fls. 120/122).

Requereu-se a adequação da dosagem do medicamento (fls. 127/128).

É o relatório.

2. Infundada a pretensão recursal.

Apresenta-se o autor como portador de transtorno de déficit de atenção e hiperatividade – TDHA (CID F90.0) pleiteando o fornecimento do medicamento VENVANSE 50mg.

O **Egrégio Superior Tribunal de Justiça** afetou o Resp. nº 1.657.156 à sistemática de recurso repetitivo, e, em consequência, determinou a **suspensão**, em todo o território nacional, dos processos sobre a *"... obrigatoriedade de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos* ***não incorporados em atos normativos*** *do Sistema Único de Saúde"*.

Em 25.04.18, julgou-se referido recurso repetitivo, quando o Rel. Min. **BENEDITO GONÇALVES** modulou os efeitos do julgamento nos seguintes termos:

> *"... os critérios e requisitos estipulados* ***somente*** *serão exigidos para os processos que forem* ***distribuídos a partir da conclusão do presente julgamento****"* (grifei).

Acesso ao Sumário

Inaplicável, portanto, solução lá firmada ao caso dos autos uma vez anteriormente distribuída essa demanda.

Prossegue-se, assim, na apreciação da pretensão.

A r. sentença, julgando procedente a ação para determinar o fornecimento de medicamento necessário a enfermo hipossuficiente, **afinou-se** com segura orientação jurisprudencial (AC nº 39.440-5 – Rel. Des. **AFONSO FARO** – v.u. j. de 14.07.98; AC nº 156.327.5/4 – v.u. j. de 16.08.04; AC nº 0.009.241-48.2010.8.26.006 – d.m. de 09.02.11; AC nº 0.004.303-17.2011.8.26.0602 – d.m. j. de 10.02.12 e AC nº 9.001.497-81.2010.8.26.0506 – d.m. j. de 29.02.12, de que fui Relator; AC nº 0.525.883-43.2010.8.26.0000 – Rel. Des. **OLIVEIRA SANTOS** – v.u. j. de 14.02.11; AC nº 0.003.231-35.2009.26.0288; AC nº 0.000.039-18.2010.8.26.0302 – v.u. j. de 17.01.10; AC nº 0.008.053-14.2009.8.26.047 – d.m. de 11.04.11; AC nº 0.041.298-73.2012.8.26.0576 – d.m. de 29.05.13 e AC nº 1.014.282-22.2014.8.26.0071 – d.m. de 20.01.15, de que fui Relator, dentre incontáveis outros arestos no mesmo sentido), inclusive do **Colendo Superior Tribunal de Justiça** *("Assegurar-se o direito à vida a uma pessoa, propiciando-lhe medicação específica que lhe alivia até mesmo sofrimentos e a dor de uma moléstia ou enfermidade irreversível, não é antecipar a tutela jurisdicional através de medida cautelar, mas garantir-lhe o direito de sobrevivência. Parece-nos antes de tudo, assegurar o primado da hierarquia das normas jurídicas, fazendo com que os instrumentos legais infraconstitucionais sejam realmente interpretados à luz dos princípios do sistema jurídico constitucional"* – REsp nº 127.604-5 – Rel. Min. **GARCIA VIEIRA** – ***in*** – RSTJ vol. 106/109), sobre a matéria e é **confirmada** por seus fundamentos.

Concessão encontra pleno respaldo legal **(arts. 6º, 196, 227 da CF/88; arts. 219, parágrafo único, IV; 222, V e 223, I, da CE/89; arts. 7º e 11 da Lei nº 8.069/90, e arts. 6º, I, 'd' e 43, da Lei nº 8.080/90).**

Presentes os requisitos necessários à confirmação do julgado.

Há **diagnóstico** ("transtorno de déficit de atenção e hiperatividade" (CID F90.0 – fl. 16), **prescrição médica** ("VENVANSE" 50mg – fls. 15/16) e indícios de que o paciente **não** têm condições financeiras de arcar com a despesa decorrente (fl. 02).

Ademais, trata-se de reexame necessário, não existindo impugnação a respeito da capacidade financeira da autora. E, em tal hipótese, cumpriria permitir aos requerentes comprovação de miserabilidade, conforme art. 10, do CPC.

De outro lado, sequer houve pedido de justiça gratuita, porquanto já há isenção de custas e emolumentos nos processos da competência da infância e juventude, nos termos do art. 141, § 2º, do ECA.

Acesso ao Sumário

Justificada a opção pelo tratamento:

> *"... sem resultado satisfatório com imipramina ou metilfenidato. Após início do venvanse 50mg houve melhora dos sintomas e no momento a medicação está indicada por tempo indeterminado"* (fl. 16)

A **conveniência** do medicamento, no caso, é da responsabilidade da Dra. **MARIA AUGUSTA MONTENEGRO** (CRM 83856), como decorre do Código de Ética Profissional (Resolução nº 1.931, de 17.09.09 do Conselho Federal de Medicina).

Descabido exigir estrita observância a Protocolo Clínico (AC nº 402.221-5/8 – v.u. j. de 12.02.07 – Rel. Des. **JOSÉ HABICE**; AC nº 410.177-5/0 – v.u. j. de 04.06.07 – Rel. Des. **MOREIRA DE CARVALHO**; AC nº 0.029514-24.2009.8.26.0344 – Rel. Des. **LEONEL COSTA** – v.u. j. de 12.04.11; AC nº 0.008.319-28.2009.8.26.0038 – Rel. Des. **CRISTINA COTROFE** – v.u. j. de 13.04.11; AC nº 0.001.818-66.2009.8.26.0197 – v.u. j. de 05.04.11 e AC nº 0.023.806-56.2010.8.26.0344 – d.m. de 28.02.13, dentre inúmeros outros arestos no mesmo sentido).

Irrelevante seu não fornecimento pelo SUS *("Fornecimento de medicamento – Enfermo hipossuficiente – Medicamento não padronizado pelo SUS – Irrelevância – Prescrição médica idônea – Tratamento de saúde mais digno – Direito fundamental, amparado nos artigos 1º, inciso III; 6º e 196 da Constituição Federal (...)"*– AC nº 1.002.319-20.2015.8.26.0576 – v.u. j. de 10.08.15 – Rel. Des. **MARIA OLÍVIA ALVES**).

A Constituição (art. 198) e o ECA – Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 – ao disporem sobre as condições de promoção, proteção e recuperação da saúde, além de ditarem outras providências para a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes – fundam o juízo de solidariedade de competência dos distintos níveis do Poder Público da federação brasileira quanto ao fornecimento gratuito de medicamentos, postos os requisitos que o imperem.

É reiterado o entendimento jurisprudencial quanto a ser da *"... competência solidária entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a responsabilidade pela prestação do serviço de saúde à população, sendo o Sistema Único de Saúde composto pelos referidos entes, conforme pode se depreender do disposto nos arts. 196 e 198, § 1º, da Constituição Federal"* (REsp 656.296).

No mesmo sentido (REsp 439.833).

Não há, nesse proceder, afronta à **separação dos poderes**, como reiteradamente afirmado (***v.g.*** JTJ/SP vols. 210/116, 222/251 e 265/161, dentre outros arestos no mesmo sentido). Não há cogestão de recursos públicos. Judiciário, acolhendo pretensões como a dos autos está no exercício precípuo

Acesso ao Sumário

de função constitucionalmente assegurada. Descabido escusar-se o Estado de atender necessidade sob alegação de prejuízo a indiscriminadas pessoas.

Nem se aleguem entraves **orçamentários** (AC nº 1.050.169-87.2015.8.26.0053 – v.u. j. de 07.11.16 – Rel. Des. **ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ**; AC nº 1.002.585-48.2016.8.26.0066 – v.u. j. de 07.11.16 – Rel. Des. **ANA LIARTE**; AC nº 1.009.635-75.2016.8.26.0309 – v.u. j. de 08.11.16 – Rel. Des. **CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI**; AC nº 1.023.242-33.2016.8.26.0576 – v.u. j. de 16.11.16 – Rel. Des. **LEONEL COSTA**; AC nº 1.000.429-68.2016.8.26.0428 – v.u. j. de 07.11.16 – de que fui Relator, dentre inúmeros outros arestos no mesmo sentido).

Tal entendimento também vem sumulado por esta **Colenda Corte de Justiça**. Confiram-se os enunciados nºs 65 e 66:

> *"**Súmula 65:** Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes."*

> *"**Súmula 66:** A responsabilidade para proporcionar meios visando garantir o direito à saúde da criança ou do adolescente é solidária entre Estado e Município."*

Por mais razoáveis se mostrem as diretrizes administrativas e a invocação de óbices orçamentários, não podem eles, à conta de isonomia e reserva do possível, impor restrições à larga **fundamentalização** do bem da saúde pela Constituição Federal brasileira de 1988.

Por derradeiro, para fins de prequestionamento, verifica-se não haver qualquer violação aos textos normativos de natureza constitucional e infraconstitucional indicados no recurso.

Desnecessárias maiores considerações.

Mantida no mais, a adequação da dosagem do medicamento pleiteado (fls. 127/128), uma vez justificada a necessidade (fl. 129).

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

Ouso divergir do entendimento da d. maioria, para dar provimento ao reexame necessário.

O fármaco pretendido – venvanse 50 mg – **não** está previsto na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), embora esteja registrado na ANVISA.

Acesso ao Sumário

Em que pese a propositura da presente ser anterior à conclusão do julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça do Recurso Especial 1.657.156/RJ (Tema 106 – *"Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS"*), cujos efeitos foram modulados, **não** há impedimento para a adoção do entendimento lá externado. Muito ao contrário, a modulação dos efeitos apenas permite que se decida em sentido contrário nos processos já aforados, o que é muito diferente. A modulação diz respeito, apenas, ao efeito **vinculativo** da decisão (art. 927, III, do Código de Processo Civil). Porém, é evidente que esta Turma Julgadora não está obrigada a julgar em sentido contrário ao entendimento proclamado no Superior Tribunal de Justiça, Corte à qual compete a padronização da interpretação do direito federal infraconstitucional.

A tese fixada no julgamento do recurso referido encontra-se assim redigida, verbis: *"A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a* ***presença cumulativa dos seguintes requisitos:*** ***(i)*** *Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;* ***(ii)*** *incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;* ***(iii)*** *existência de registro na ANVISA do medicamento".*

Logo, já está sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que **não** existe obrigação incondicionada de o Poder Público fornecer medicamentos ou insumos não incorporados em atos normativos do SUS (Recurso Especial 1.657.156/RJ). Ficou assentado que o fornecimento de medicamento não incorporado exige não apenas a comprovação da respectiva imprescindibilidade, mas também a demonstração da incapacidade financeira do núcleo familiar do requerente além do competente registro na ANVISA.

No caso, o medicamento pleiteado pelo autor (venvanse 50 mg) está registrado na ANVISA, consoante se constata através de consulta ao sítio respectivo. De outro lado, o relatório médico a fls. 16 atesta a necessidade de utilização do fármaco pretendido, bem assim a ineficácia, para tratamento da moléstia, dos fármacos imipramina ou metilfenidato, já utilizados. Contudo, na hipótese, não se admite o acolhimento do pedido deduzido, pois que não comprovada a impossibilidade financeira dos familiares do menor em arcar com os custos do medicamento. A ação foi ajuizada por advogado constituído e sequer foi postulada a concessão da gratuidade judiciária. Além disso, o requerente não instruiu o pedido inicial com documentos hábeis a atestar sua efetiva condição financeira, embora lhe fosse possível. Não comprovou a renda familiar auferida, tampouco os custos mensais com a aquisição do medicamento, de modo a demonstrar a necessária hipossuficiência, que, na hipótese, não se

Acesso ao Sumário

pode presumir, até pela ausência de declaração de pobreza nesse sentido.

Assim, merece reforma a sentença porque não comprovada pelo autor a efetiva impossibilidade financeira para arcar com os custos do medicamento postulado. Não se verifica, assim, a inequívoca demonstração dos requisitos firmados quando do julgamento do REsp. 1.657.156/RJ.

São esses motivos pelos quais, muito sucintamente, dou provimento ao reexame necessário, inclusive para inverter o ônus da sucumbência e condenar o autor ao pagamento de honorários advocatícios ao procurador da parte contrária, que arbitro em R$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais), atualizáveis a partir da intimação do acórdão.

É como voto, sempre tributado o devido respeito ao entendimento divergente.

CAMPOS MELLO, Desembargador Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 1053542-63.2014.8.26.0053/50004, da Comarca de São Paulo, sendo agravante FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e agravado MARCELLO PINHEIRO BARBOSA 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 44.822)**

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: AGRAVOS INTERNOS – 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

Acesso ao Sumário

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 agravos interpostos pela Fazenda do Estado de São Paulo contra decisões desta Presidência que negaram 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, 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.

Acesso ao Sumário

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.

Acesso ao Sumário

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:

Acesso ao Sumário

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 2254424-18.2016.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE FRANCA, é agravado PREFEITO MUNICIPAL DE FRANCA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.960)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), CAMPOS MELLO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE).

São Paulo, 10 de setembro de 2018.

PEREIRA CALÇAS, Presidente do Tribunal de Justiça e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo Interno – Decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário que versa matéria já decidida pelo STF em regime de repercussão geral (CPC, art. 1.030, inciso I, alínea "a") – Hipótese que se amolda ao tema de número 917 – Agravo não provido.

VOTO

Irresignada com a decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário pelo reconhecimento de anterior pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, em recurso submetido ao regime da repercussão geral, na forma do art. 1.030, inciso I, alínea "a", do Código de Processo Civil, a Câmara Municipal de Franca interpôs agravo interno, sob a alegação de que o caso não se amolda ao tema 917.

Contraminuta às fls. 12/18.

É o relatório.

Admissível o pronto julgamento do recurso, com o permissivo do art. 2º, I, do Assento Regimental nº 397/11 e jurisprudência da Egrégia Câmara Especial de Presidentes (cf. ARs nºs 0024030-28.2009, 0008383-28.2007, 007543-79.2008 e 0005588-02.2009), alinhada à orientação do Pretório Excelso (cf. AI 789.302/SP, 788.333/SP e 640.737/SP).

E, a despeito do bem elaborado recurso, mostra-se adequada a solução posta na decisão recorrida.

Com efeito, o Colendo Supremo Tribunal Federal, nos autos do ARE nº 878.911, reconhecendo a existência de repercussão geral, que ensejou a edição do tema de número 917, fixou a tese de que *não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II, "a", "c" e "e", da Constituição Federal)*.

O caso *sub examine* amolda-se a esse tema e o acórdão recorrido converge ao tratamento jurídico dispensado quando do julgamento do *leading case* (30/09/16). Afinal, as locuções contidas no § 4º (e/ou através do aplicativo 'WhatsApp') e no § 5º (nos carnês de IPTU e nos meios de publicidade da Fazenda Municipal), ambos do art. 1º, da Lei nº 8.458, de 24 de novembro de 2016, do Município de Franca, invadem a esfera de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, sendo, portanto inconstitucionais.

Neste exato sentido a manifestação do Procurador de Justiça oficiante nos autos destaca que *"Encontra-se na reserva da Administração e na iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo a instituição e a regulamentação de programas, campanhas e serviços administrativos"*, circunstância não observada na espécie, dando azo à declaração parcial de inconstitucionalidade da Lei Municipal questionada, em exata consonância com a tese fixada no tema 917.

Ademais, impende considerar que, em suas razões de agravo, a Câmara Municipal de Franca não apresentou novos argumentos, além dos já considerados no momento da prolação da decisão recorrida.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego** provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2039007-72.2017.8.26.0000/50004, da Comarca de Diadema, sendo Agravante WELCON INDÚSTRIA METALÚRGICA LTDA. e Agravada Fazenda do Estado de São Paulo.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.103)**

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 setembro de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVOS INTERNOS – Decisões monocráticas que negaram seguimento aos recursos extraordinário e especial.

Execução – Penhora on line.

– A matéria referente à comprovação do prévio exaurimento das vias extrajudiciais de busca de bens para o deferimento de penhora eletrônica pelo denominado sistema Bacen Jud, requerida após a Lei 11.382/2006, é idêntica à examinada pela Suprema Corte no leading case ARE n. 683.099/MG.

– BACENJUD – Penhora on line

– A questão sobre a quebra do sigilo bancário em execução fiscal, por meio do sistema BACEN-JUD, o qual viabiliza o bloqueio de ativos financeiros do executado (Lei Complementar 105/2001), é idêntica à tratada no rito dos recursos repetitivos Resp. n. 1.184.765/PA.

Acesso ao Sumário

Nega-se provimento aos recursos.

VOTO

Trata-se de agravos internos interpostos por Welcon Indústria Metalúrgica Ltda. (fls. 172/183 e 184/195), contra decisões desta Presidência que, em cumprimento às alíneas "a" e "b" do inciso I, do art. 1.030, do Código de Processo Civil, pela identidade das matérias decididas no acórdão, negaram seguimento aos recursos extraordinário e especial, em conformidade com o *leading case* ARE n. 683.099/MG e orientação firmada no rito dos recursos repetitivos REsp. n. 1.184.765/PA.

Alega a agravante, em síntese, que não resta dúvida que a penhora *on line* no caso concreto é abrupta, teratológica, injustificada e coloca em sério risco suas atividades empresariais e sociais, bem como não foram exauridos os meios antecedentes para possibilitar tal medida extrema e gravosa.

É o relatório.

Recebem-se os recursos como agravos internos, na forma do parágrafo 2º, do art. 1.030, 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.

Registre-se, as decisões agravadas proferidas em cumprimento ao art. 1.030, inciso I, alíneas 'a' e 'b', do Código de Processo Civil, são do seguinte teor:

> *"No que diz respeito à questão envolvendo a legitimidade de penhora de dinheiro ou outros ativos financeiros pelo sistema eletrônico do denominado Bacen-Jud independentemente do prévio esgotamento das vias extrajudiciais para localização de outros bens penhoráveis, o Col. Supremo Tribunal entendeu ser matéria de natureza infraconstitucional, não havendo, portanto, matéria constitucional a ser analisada. Assim, nos termos da r. decisão no ARE nº 683.099/MG, DJe de 20.03.2013, que considerou inexistente a repercussão geral em caso análogo a este, nos termos do art. 1.030, inc. I, alínea 'a' c.c. art. 1035, § 8º, ambos do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso quanto a esta questão."*
>
> *"No que concerne à possibilidade de se autorizar a penhora eletrônica de depósitos ou aplicações financeiras, independentemente do exaurimento de diligências extrajudiciais por parte do exequente, conforme interpretação sistemática dos artigos 185-A, do CTN, com os artigos 11, da Lei 6.830/80 e 655, I e 655-A, do revogado Código de Processo Civil, ressalvando, contudo, que essa penhora eletrônica não pode descurar-se da norma inserta no artigo 649, IV, do revogado Código de Processo Civil, considerando o julgamento definitivo do mérito do REsp. nº 1.184.765, Tema nº 425, STJ, DJ de 03/12/2010, e, em cumprimento ao disposto no art. 1.030, inc. I, alínea 'b' do Código*

Acesso ao Sumário

de Processo Civil, nego seguimento ao recurso no pertinente a esta questão."

A matéria tratada no recurso extraordinário referente à comprovação do prévio exaurimento das vias extrajudiciais de busca de bens para o deferimento de penhora eletrônica pelo denominado sistema BacenJud, requerida após a Lei 11.382/2006 é idêntica àquela examinada pela Suprema Corte, na sistemática dos recursos repetitivos nos autos do ARE n. 683.099/MG, correspondente ao Tema n. 631, em que **não** restou reconhecida a repercussão geral da matéria:

"A controvérsia a respeito da legitimidade de penhora de dinheiro ou outros ativos financeiros pelo sistema eletrônico do denominado Bacen-Jud independentemente do prévio esgotamento das vias extrajudiciais para localização de outros bens penhoráveis é de natureza infraconstitucional, não havendo, portanto, matéria constitucional a ser analisada."

A questão abordada no recurso especial no que tange à recusa da Fazenda Pública da nomeação de bens à penhora de Precatório, afeiçoa-se à jurisprudência do col. STJ estratificada pelo julgamento do Resp. n. 1.184.765/PA, Tema nº 425, sob a técnica de casos seriais, oportunidade em que fixada a seguinte tese:

"1. A utilização do Sistema BACEN-JUD, no período posterior à *vacatio legis* da Lei 11.382/2006 (21.01.2007), prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras (Precedente da Primeira Seção: EREsp 1.052.081/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, julgado em 12.05.2010, DJe 26.05.2010. Precedentes das Turmas de Direito Público: REsp 1.194.067/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 08.06.2010, DJe 21.06.2010; REsp 1.101.288/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07.10.2008, DJe 05.11.2008. Precedente da Corte Especial que adotou a mesma exegese para a execução civil: REsp 1.112.943/MA, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 15.09.2010). (....). 5. Entrementes, em 06 de dezembro de 2006, sobreveio a Lei 11.382, que alterou o artigo 655 e inseriu o artigo 655-A ao Código de Processo Civil, verbis: Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: I – dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira; (.....). Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.

Assim, diante da inexistência de erro na subsunção do caso concreto nos

paradigmas julgados pelas Cortes Superiores, ficam mantidas as decisões.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo dos recursos, deixa-se de infligir aos agravantes a multa prevista no art. 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 2027796-78.2013.8.26.0000/50001, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO, é agravado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

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 42.182)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), CAMPOS MELLO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 12 de setembro de 2018.

ARTUR MARQUES, Vice-Presidente e Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DISPONIBILIZAÇÃO DE TRATAMENTO PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES DEPENDENTES QUÍMICOS. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MULTA.

1. Questão já decidida pelo STJ, na sistemática dos recursos repetitivos – Tese firmada: "Possibilidade de imposição de multa diária (astreintes) a ente público para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros." (Recurso Especial 1.476.665/RS – Tema nº 98).

Acesso ao Sumário

2. Valores aplicados a título de multa cominatória que são insuscetíveis de revisão pela via restrita do recurso especial.

3. Ausência de demonstração do desacerto da aplicação do entendimento firmado pelo STJ no julgamento de recurso especial repetitivo.

4. Decisão mantida.

5. Agravo interno em recurso especial não provido.

VOTO

1. Trata-se de agravo interno interposto pelo Município de São José do Rio Preto contra a decisão proferida por esta Vice-Presidência que negou seguimento ao recurso especial em virtude de o entendimento do v. acórdão recorrido coincidir com a orientação firmada pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça no recurso especial nº 1.476.665/RS (Tema nº 98), julgado sob o regime dos recursos repetitivos.

O agravante alega, em síntese, que o referido provimento não avaliou o caso sob a melhor perspectiva. Aduz que na pretensão recursal denegada pretende discutir o valor das *astreintes* fixadas em desfavor da Administração tidas como irrazoáveis e desproporcionais, impondo-se sua adequação ou, então, limitação temporal, tudo com objetivo de evitar onerosidade excessiva ao erário e enriquecimento sem causa.

Requer seja o presente agravo recebido e provido para reformar a decisão agravada a fim de que o recurso especial seja aceito e encaminhado ao STJ (fls. 241/244).

É o relatório.

2. Respeitadas as ponderações feitas pelo agravante, o presente recurso não se funda em argumento novo capaz de reverter a decisão monocrática deste Relator (fls. 237/238), que apreciou todos os pontos veiculados, nada havendo para se decidir em sentido contrário.

Acesso ao Sumário

De início, registre-se que o agravo interno interposto contra decisão proferida pela Vice-Presidência, que negou seguimento ao recurso especial à luz do regime dos recursos repetitivos, está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental n. 565/2017.

Com efeito, o agravo interno previsto no artigo 1030, § 2º, do Código de Processo Civil merece ser provido apenas na hipótese em que 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).

O que não ocorre no caso em apreço.

A identidade fática e jurídica entre o recurso interposto e o paradigma apontado na decisão recorrida é absolutamente evidente.

Julgado o recurso especial nº 1.476.665/RS sob o regime dos recursos repetitivos (Tema nº 98), o egrégio Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se definitivamente no sentido de que é possível a imposição de multa diária (*astreintes*) a ente público para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros.

Nesse contexto, o v. acórdão recorrido (fls. 180/191) está de acordo com a orientação do Superior Tribunal de Justiça ao concluir que é possível a aplicação de multa, apenas reduzindo o seu valor em 50% (cinquenta por cento) do apurado no cálculo judicial (fls. 62), a fim de não onerar demasiadamente o orçamento público que deve atender às demais necessidades sociais e com as observações de que o pagamento deverá ocorrer em conformidade com o regramento previsto nos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil, combinado com o artigo 100 da Constituição Federal, bem como que o valor arrecadado seja destinado ao Fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, nos termos dos artigos 214, § 1º e § 2º, da Lei 8.069/90 e de que, na hipótese de persistir o descumprimento, nova multa poderá ser imposta; portanto, inviável o acolhimento da pretensão do agravante de reforma da decisão deste Tribunal.

Por fim, cabe ponderar que a orientação para a aplicação da multa cominatória é no sentido de que ela seja em valor suficiente e adequado ao caso, compatível com a obrigação a que se destina e que seja determinado prazo razoável para o seu cumprimento, baseando-se, para isso, em fatos e provas que são insuscetíveis de revisão pela via restrita do recurso especial.

Assim, indiscutível a aplicação do artigo 1.030, I, *b*, do Código de Processo Civil.

3. Do exposto, **nega-se provimento ao agravo interno.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2080848-18.2015.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravado SILVIO RODRIGUES PAIÃO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão:

Acesso ao Sumário

"Não conheceram do agravo interno. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49277)**

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, 12 de setembro de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO 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 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 1.391.198/RS, 1.392.245/DF e 1.134.186/RS, julgados sob o regime dos recursos repetitivos. Alega o prequestionamento da matéria objeto do recurso especial e o cumprimento de todos os requisitos de admissibilidade necessários para seu julgamento. Aponta a afronta ao art. 104 do Código Civil e ao art. 5º, II, XXXV e XXXVI, da Constituição Federal.

Não houve apresentação de contraminuta.

Ausente 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.

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

Acesso ao Sumário

que, por ausência de similitude fática, a tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça sob o regime dos recursos repetitivos não se aplica ao caso concreto (distinguishing). Neste sentido, o AgInt no RE no AgRg nos EREsp 1.039.364/ES, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, DJe 6.2.2018, e o AgInt no RE no AgInt nos EDcl no RMS 48.747/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 19.6.2018.

No caso, a parte agravante não alegou o desacerto da aplicação dos precedentes repetitivos adotados pela decisão hostilizada, referentes aos temas 0724, 0887, 0407 e 0410.

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 2180146-80.2015.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravado DAGOBERTO BACCARI.

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 49479)**

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, 17 de setembro 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). LEGITIMIDADE ATIVA DOS POUPADORES E DE

Acesso ao Sumário

SEUS SUCESSORES, INDEPENDENTEMENTE DE FAZEREM PARTE DOS QUADROS ASSOCIATIVOS DO IDEC (TEMA 724). JUROS DE MORA. 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 a orientação estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.391.198/RS, julgado sob o regime dos recursos repetitivos. Alega: (a) necessidade de demonstração pelo poupador do vínculo associativo com o IDEC e, ainda, que a matéria também é objeto de análise no Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.438.263/SP, que determinou o sobrestamento dos recursos que tratem do mesmo tema; e (b) necessidade de fixação do termo inicial dos juros de mora a partir da intimação para pagamento nos autos de habilitação/liquidação 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.

Acesso ao Sumário

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, a propósito da legitimidade ativa, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, na condição de Presidente da Comissão Gestora de Precedentes do STJ, encaminhou ofício às Cortes do país em outubro de 2017, com a informação

de que os temas 947 (REsp nº 1.361.799/SP) e 948 (REsp nº 1.438.263/SP) não foram afetados ao regime dos recursos repetitivos, tendo sido orientada a aplicação da tese estabelecida no Recurso Especial Repetitivo nº 1.391.198/RS (tema 724) *"aos processos que discutem a tese da legitimidade ativa de não associado para liquidação/execução de sentença coletiva"*, do que é possível extrair que a Corte não exige que os poupadores ou seus sucessores façam parte dos quadros associativos do IDEC no presente cumprimento individual da sentença coletiva. Confira-se a fls. 804/805.

Neste contexto, a decisão monocrática (fls. 733/740), confirmada pelo acórdão recorrido (fls. 744/780), está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao concluir pela desnecessidade de associação ao IDEC para a propositura da ação.

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

De resto, 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).

Além disso, a matéria referente ao termo inicial dos juros moratórios não foi arguida no recurso especial, de modo que coberta pela preclusão e, em consequência, não é cognoscível neste agravo interno.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo interno, na parte conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0010389-36.2010.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, sendo agravante Antonio Jorge de Castro e outros e agravada Fazenda do Estado de São Paulo.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.940)**

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, 2 de outubro de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito

Acesso ao Sumário

Público

Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisão monocrática que inadmitiu o recurso extraordinário

– A matéria referente à ocorrência de decesso remuneratório na conversão direta de cruzeiro real para real, sem intermédio de URV, dos vencimentos de servidores é idêntica à matéria examinada pela Suprema Corte no leading case RE n. 631.444/RS. Manutenção do decidido.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Antônio Jorge de Castro e Outros (fls. 465/480), contra decisão desta Presidência que, em cumprimento ao art. 1.030, inciso I, alínea 'a', c.c. art. 1.035, § 8º 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. 631.444/RS.

Alegaram os agravantes, em síntese, que, mostra-se inaceitável a negativa de existência de argumentos suficientes para a invocação da repercussão geral sustentados por ocasião do recurso, pois entendem os ora agravantes, serem suficientes para autorizar o processamento do Recurso extraordinário, razão pela qual não pode subsistir 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 de São Paulo.

Em cumprimento art. 1.030, inciso I, alínea 'a', c.c. artigo 1.035, § 8º do Código de Processo Civil, proferiu-se a decisão agravada de seguinte teor, ***verbis***:

> *"Diante das decisões de fls. 228-37 e 429-35 e, em obséquio da r. decisão exarada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no RE nº 631.444/RS, de 13.04.2012, publicada no DJe de 08.11.2012, que considerou inexistente a repercussão geral em caso análogo a este, nega-se seguimento, nos termos do parágrafo único do art. 1039 do Código de Processo civil, ao presente recurso extraordinário."*

A matéria tratada no recurso extraordinário, referente a – URV – Não Conversão – ocorrência de decesso remuneratório na conversão direta de cruzeiro real para real, sem intermédio de URV, dos vencimentos de servidores

do Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Sul ante legislação local – contemporânea à lei federal de conversão em URV que concedeu reajustes superiores às perdas salariais do período de transição da moeda, é idêntica à matéria analisada pela Suprema Corte, na sistemática dos recursos repetitivos nos autos do RE n. 631.444/RS, correspondente ao Tema n. 539, em que não restou reconhecida a repercussão geral da matéria:

"Para se chegar à conclusão diversa da adotada pela instância judicante de origem, no sentido da inexistência de decréscimo remuneratório experimentado pelos servidores do Estado do Rio Grande do Sul, faz-se necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que impede a abertura da via extraordinária (Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal). Pelo que falta ao caso elemento de configuração da própria repercussão geral."

Assim, não há como proceder à modificação do decidido, de vez que em perfeita harmonia com o paradigma julgado pela Suprema Corte.

Diante da inexistência de erro na subsunção do caso concreto à sistemática dos recursos repetitivos, fica mantida a decisão.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir 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.

Por fim, considerando que as demais questões rebatidas no agravo de fls. 443/463 não se encontram submetidas à sistemática de recursos repetitivos, preservada a decisão de fls. 438/439 (cf. art. 1.042, § 2º do CPC), subam os autos, oportunamente, ao Eg. Superior Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0060972-26.2012.8.26.0224/50000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante NELSON DE OLIVEIRA SOUZA JUNIOR.

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 28.747)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE), EVARISTO DOS SANTOS

Acesso ao Sumário

(PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e CAMPOS MELLO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 2 de outubro de 2018.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA E JULGAMENTO DEFINITIVO DE MÉRITO. RECURSO SEM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. HIPÓTESES IDÊNTICAS. DESPROVIMENTO.

1. Fundamentação das decisões judiciais. Artigo 93, IX, da Constituição Federal. Desnecessidade do exame pormenorizado de todas as alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

2. Ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, com extensão do entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada. Necessidade de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais.

3. Agravo interno não provido.

VOTO

Trata-se de agravo interposto contra a decisão desta Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 304) que, com fundamento nos Temas 339 e 660, ambos do Colendo Supremo Tribunal Federal, negou seguimento ao recurso extraordinário com base no artigo 1.030, I, "a", 1ª e 2ª figuras, do Código de Processo Civil.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 338/344).

É o relatório.

Conheço do presente agravo, 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 e 2ª figuras, do Código de Processo Civil, que preceitua:

Acesso ao Sumário

Artigo 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;

Desse modo, verificada a existência no recurso extraordinário de temas que já foram objeto de apreciação pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos termos da legislação mencionada, cumpre negar seguimento a tal irresignação, como se procedeu na decisão de fls. 304, ora atacada.

No tocante ao Tema 339, o Excelso Pretório, no Agravo de Instrumento nº 791.292 QO-RG/PE, em sessão de julgamento realizada aos 23 de junho de 2010, por maioria e nos termos do voto do Relator, reconheceu a repercussão geral e reafirmou a jurisprudência no sentido de que o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, exige que o v. acórdão ou r. decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

A Defesa do agravante aludiu às fls. 278 e 282/283 que:

[...]

*O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não só referendou os erros perpetrados pelo Juízo de 1º grau "a quo", mas incidiu nas mesmas condutas, **com base em genérico Laudo Pericial colhido da fase inquisitiva constante às fls. 55/70, e não na fase do crivo do contraditório** como constou na r. sentença de 1º. grau, o que desta feita permitiu-se cerceamento de defesa por parte do Recorrente.*

*Em relação ao **Laudo Pericial** o Tribunal "ad quem" contentou-se em afirmar que existe PROVAS AMEALHADAS AOS AUTOS que convençam sobre a responsabilização do Recorrente, razão pela qual entendeu ter o Recorrente cometido a prática dos crimes nos termos da denúncia.*

[...]

III – VIOLAÇÃO AO ART. 5º. LV e 93 IX, DA CONSTITUIÇÃO

[...]

Os princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da motivação das decisões judiciais, bem como os limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando a verificação de sua ofensa dependa do reexame prévio de normas infraconstitucionais, revelam ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal.

Acesso ao Sumário

[...]

Vê-se então, portanto que o contraditório e ampla defesa, além da fundamentação das decisões são direitos das partes em processos judiciais.

Todavia, no presente caso, a r. sentença e o v. acórdão recorrido violaram tais princípios ao contraditório e ampla defesa.

Houve, portanto, dupla violação dos direitos fundamentais do Recorrente.

Uma vez reconhecida a inconstitucionalidade da decisão recorrida, cumpre então afastar qualquer responsabilidade do Recorrente no caso em tela.

Não sendo este o entendimento deste Tribunal, deve-se, ao menos, cassar o acórdão recorrido para que seja feito novo julgamento à luz do decidido por esta Suprema Corte.

Já o v. acórdão de fls. 257/261, registrou que:

[...]

Primeiramente, convém observar que restou evidente das provas dos autos que Nelson é proprietário da empresa autuada, o que por ele confirmado na fase inquisitiva (fls. 07) e na judicial (mídia digital – fls. 199), circunstância essa sequer combatida nas razões recursais.

Isto considerado, não há se cogitar sua absolvição.

Ocorre que o laudo pericial acostado às fls. 55/70, após descrever todo o ciclo de vida do alumínio, destacando a nocividade dos elementos químicos liberados no processo de reciclagem do material, e também as condições do local dos fatos, apontou as seguintes irregularidades:

"1. Não havia impermeabilização do piso na área periciada, permitindo que os elementos químicos dos materiais se infiltrassem no subsolo, contaminando as águas subterrâneas e corpo d'água existente nas vizinhanças;

2. não havia tratamento dos efluentes nos tanques de decantação;

3. não foram apresentados os comprovantes de destinação final do lodo produzido nos tanques de decantação;

4. não foram apresentadas as licenças de funcionamento expedidas pelos órgãos responsáveis pela área ambiental (CETESB, DPRN, etc);

5. ocorria captação da água do córrego e lançamento dos efluentes no referido córrego;

6. havia um chiqueiro de porcos em plena atividade no local, de tal forma que os dejetos produzidos tinha como destino o curso d'água".

Concluiu-se, ao final, que "Do que foi dado a observar no local, em conjunto com as medidas preventivas de proteção ao meio ambiente ali encontradas, os relatores constataram elementos técnicos que caracterizavam a emissão de poluentes para o ambiente externo com risco potencial de poluir em níveis relacionados com o art. 54 da Lei

Acesso ao Sumário

9605/98".

A reforçar a força da prova acusatória, há as oitivas das testemunhas sob o crivo do contraditório.

[...]

E é o que basta à responsabilização de Nelson.

Ocorre que restou devidamente comprovado que exercia ele, sem qualquer licença, atividade prejudicial ao meio ambiente.

Nem se diga, como alegado em razões recursais, que "que o perito baseou-se em informações humanas e não técnicas" (fls. 233) por se tratar o laudo de documento emitido por um expert, não tendo a d. defesa produzido qualquer elemento apto a afastar sua validade.

Não é demais observar que, mesmo se considerando como verdadeira a afirmação de que o chiqueiro não lhe pertencia, em nada socorre o réu, devido às demais circunstâncias enumeradas no laudo pericial.

[...]

Basta, assim, o perigo de dano, o que efetivamente observado no laudo, como já destacado.

Tal r. decisão, assim, está em conformidade com o r. decisum do Pretório Excelso no Agravo de Instrumento nº 791.292 QO-RG/PE, o que afasta o acolhimento deste agravo interno.

Quanto ao Tema 660, verifico que o mesmo Sodalício, no Recurso Extraordinário com Agravo nº 748.371/MT, deliberou sobre a mesma matéria debatida no recurso extraordinário apresentado pela Defesa, qual seja, a relativa à violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, com extensão desse entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada, tendo aquele Sodalício entendido que não há repercussão geral quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais.

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 4012073-31.2013.8.26.0405/50001, da Comarca de Osasco, em que é agravante BANCO BRADESCO FINANCIAMENTOS S/A, é agravado FERNANDO XAVIER CARDOSO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

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 50916)**

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, 4 de outubro de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS CAUSADOS POR FRAUDES OU DELITOS PRATICADOS POR TERCEIROS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. RISCO DA ATIVIDADE (TEMA 466) AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DESACERTO DA APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO ESTABELECIDO PELO STJ EM JULGAMENTOS REPETITIVOS. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Banco Bradesco Financiamentos S/A contra decisão que, em demanda indenizatória, negou seguimento a recurso especial, pois o acórdão recorrido observou as orientações estabelecidas pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nº 1.197.929/PR e nº 1.199.782/PR, julgados sob o regime dos recursos repetitivos. Alega que existem indícios de que o agravado participou da fraude no intuito de obter vantagem indevida. Sustenta que houve afronta aos artigos 489, § 1º, 1.022 do Código de Processo Civil, art. 14, § 3º do Código de Defesa do Consumidor, e 393 do Código Civil.

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

Acesso ao Sumário

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, a tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça sob o regime dos recursos repetitivos não se aplica ao caso concreto (distinguishing). Neste sentido, o AgInt no RE no AgRg nos EREsp 1.039.364/ES, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, DJe 6.2.2018, e o AgInt no RE no AgInt nos EDcl no RMS 48.747/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 19.6.2018.

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 nº 1.197.929/PR e nº 1.199.782/PR, sob o regime dos recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que as instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros – como, por exemplo, abertura de conta corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos –, porque tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno. Confira-se a fls. 587/589.

Neste contexto, o acórdão recorrido (fls. 539/545) está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao concluir: *"Não resta dúvida sobre a falha na prestação do serviço oferecido pelo banco, não se podendo sequer cogitar de ilegitimidade passiva por culpa exclusiva de terceiro. O proceder do réu está a merecer reprimenda, consoante previsto no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor" (fls. 543).*

De resto, as razões do recurso envolvendo os artigos 489, § 1º, 1.022 do Código de Processo Civil, art. 14, § 3º do Código de Defesa do Consumidor e 393 do Código Civil, buscam a prevalência de tese já rejeitada no julgamento do paradigma repetitivo supramencionado. Nesse sentido, vale citar os seguintes julgados da Corte Superior: AREsp nº 787.502/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, in DJe de 19.10.2015; AgRg no AREsp nº 548.627/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe de 9.10.2014; AgRg nos EDcl no AREsp nº 127.350/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 30.9.2014; QO no Ag nº 1.154.599/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 12.5.2011.

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo interno.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0125689-06.2013.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, sendo agravante Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e agravado Antonio Justino Neto de Lima.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48.324)**

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, 10 de outubro de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisão monocrática que negou seguimento ao recurso extraordinário.

– A questão da incidência de juros da mora no período compreendido entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório, é idêntica à matéria examinada pela Suprema Corte, no *leading case* RE n. 579.431/RS.

– Tema transitado em julgado (16/08/2018).

Nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Instituto Nacional do Seguro Social (fls. 175/178), 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 julgados sob a técnica dos recursos repetitivos, nos autos do RE n. 579.431/RS.

Alega o agravante, em síntese, que o acórdão do RE n. 579.431/RS ainda não transitou em julgado, vez que foram opostos embargos declaratórios cujo efeito integrativo decorrente da possível modulação dos efeitos da decisão paradigmática, impõe a necessária manutenção do sobrestamento do feito até o

julgamento definitivo sobre o tema.

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 definitivo do mérito do RE Nº 579.431/RS, Tema nº 96, STF, DJe de 30.06.2017 no sentido de que incidem os juros da mora no período compreendido entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório e, em cumprimento ao disposto no art. 543-B, § 3º, do revogado Código de Processo Civil (comando correspondente ao disposto no art. 1040, inc. I, da Lei 13.105, de 16.03.15), nego seguimento ao recurso extraordinário interposto.*
>
> *Deve observar-se que, nos termos do art. 1.035, § 11, do Código de Processo civil e conforme jurisprudência solidada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, é cabível a aplicação de precedente vinculante, independentemente da publicação do referido acórdão (AgR 612.375/DF, Min.* ***DIAS TOFFOLI****, DJe 04.09.2017; AgR-ED 1027677/RS, Min.* ***DIAS TOFFOLI****, DJe 29.08.2017 e ARE 930.647/PR, Min.* ***ROBERTO BARROSO****, DJe 11.04.2016)."*

A matéria aqui tratada, referente a incidência de juros da mora no período compreendido entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório é idêntica àquela examinada pela Suprema Corte na sistemática dos recursos repetitivos nos autos do RE n. 579.431/RS, correspondente ao Tema n. 96: "JUROS – PERÍODO – LIQUIDAÇÃO – EXPEDIÇÃO", em que restou reconhecida a repercussão geral da matéria, asseverando, ***verbis***:

"JUROS DA MORA – FAZENDA PÚBLICA – DÍVIDA – REQUISIÇÃO OU PRECATÓRIO. Incidem juros da mora entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório."

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, nada havendo que se modificar, portanto, nesta sede.

Não bastasse tudo o quanto acima aduzido, é fato que o trânsito em julgado do recurso repetitivo ocorreu aos 16/08/2018, a esvaziar o objeto do recurso, na forma do artigo 493 do Código de Processo Civil.

Inexistente erro na subsunção do caso concreto à sistemática dos recursos repetitivos, fica mantida a decisão.

Acesso ao Sumário

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir ao agravante a multa prevista no art. 1.021, § 4º do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, nega-se provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0216036-47.2011.8.26.0100/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante TELEFÔNICA BRASIL S/A, são agravados ELZA JOSÉ BLECK NASCIMENTO, ALZENIR BARBOSA DADERIO, ARLETE ZUCCHI GRISKONIS, DARCI BOZUTE, EDNA DE ARAÚJO BOZUTE, LUIZA DO ROSÁRIO PEREIRA ROSA, MARIA JOSÉ PEREIRA, PAULO PEREIRA LOPES e VALTER MOACIR CONSIGLIO.

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 50727)**

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, 11 de outubro de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. PLANTA COMUNITÁRIA DE TELEFONIA COM PREVISÃO DE RESTITUIÇÃO DE AÇÕES. PREVISÃO DE RESTITUIÇÃO DE AÇÕES. PRESCRIÇÃO. DIREITO PESSOAL. ARTS. 177 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E 205 E 2.028 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 (TEMA 44). AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DESACERTO DA APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO ESTABELECIDO PELO STJ EM JULGAMENTO REPETITIVO. RAZÕES RECURSAIS, NO MAIS, IMPERTINENTES A ESTA

VIA RECURSAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.042 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO, NA PARTE CONHECIDA.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Telefônica Brasil S.A. contra decisão que, em demanda de complementação de ações, negou seguimento a recurso especial, pois o acórdão recorrido observou a orientação estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.033.241/RS, julgado sob o regime dos recursos repetitivos, e, no mais, o inadmitiu. Sustenta que foi celebrado contrato de Planta Comunitária de Telefonia (PCT), impondo-se a aplicação do prazo prescricional trienal, a teor do disposto no art. 206, § 3º, IV, do CC, conforme decidido no Recurso Especial repetitivo nº 1.220.934/RS (tema 574). Afirma ser indevida a inversão do ônus probatório. Alega não haver prova da existência de contrato de participação financeira em relação a uma das autoras. Pugna, ainda, pelo reconhecimento da validade das radiografias apresentadas.

Não houve apresentação de contraminuta, tampouco 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, a tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça sob o regime dos recursos repetitivos não se aplica ao caso concreto (distinguishing). Neste sentido, o AgInt no RE no AgRg nos EREsp 1.039.364/ES, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, DJe 6.2.2018, e o AgInt no RE no AgInt nos EDcl no RMS 48.747/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 19.6.2018.

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 1.033.241/RS, sob o regime dos recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a pretensão de complementação de ações decorrente de contrato que prevê retribuição de valor investido em ações da companhia é de natureza pessoal e prescreve nos prazos previstos no art. 177 do Código Civil de 1916 (20 anos) e no art. 205 do

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

Código Civil de 2002 (10 anos). Confira-se a fls. 494/496.

Neste contexto, o acórdão recorrido (fls. 368/374) está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao concluir que a prescrição da demanda em que se discute o direito à complementação de ações pelo descumprimento de contrato de participação financeira é de natureza pessoal, aplicando-se os prazos previstos no art. 177 do Código Civil de 1916 e nos arts. 205 e 2.018 do Código Civil de 2002.

Confira-se trecho do acórdão: *Quanto à prescrição, perfilhamos a corrente que entende tratar-se de ação de caráter pessoal e não de caráter real, considerando a relação contratual existente entre as partes, devendo o prazo prescricional ser contado a partir da integralização das ações. Dessa forma, nos termos do art. 177, do Código Civil de 1916, vigente à época da contratação, o prazo prescricional previsto em lei era de 20 anos. Com o advento do Código Civil de 2002, o prazo foi reduzido para 10 anos, nos termos do seu art. 205"* (fls. 373).

Ressalte-se que o prazo prescricional trienal é aplicável somente aos casos de pedido de ressarcimento do valor pago pelo custeio de Planta Comunitária de Telefonia quando não houver previsão de reembolso pecuniário ou por ações da companhia, conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos recursos especiais repetitivos 1220934/RS e 1225166/RS (tema 574). No caso, contudo, os contratos preveem a emissão de ações por parte da ora agravante.

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

De resto, o inconformismo relativo à inversão do ônus probatório, à validade das radiografias apresentadas e à ausência de prova da existência de contrato de participação financeira em relação a uma das autoras desafiava a interposição de agravo contra decisão denegatória de recurso especial na forma do art. 1.042 do Código de Processo Civil, desbordando, destarte, dos estreitos limites desta via recursal.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo interno, na parte conhecida.

Acesso ao Sumário

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1042486-34.2016.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que são partes é apelante VIA VAREJO S/A, é apelado PRIMEIRO OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DE GUARULHOS.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso para manter a recusa do registro do título, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto nº 37.511)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE), DAMIÃO COGAN (DECANO), EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), CAMPOS MELLO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 31 de agosto de 2018.

PINHEIRO FRANCO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: Registro de imóveis – Contrato de locação – Pedido de registro de cláusula de vigência e averbação do direito de preferência – Princípio da especialidade objetiva, porém, que não foi respeitado em razão da divergência existente entre a descrição dos imóveis locados no título e aquela existente no registro – Impossibilidade, neste caso concreto, de cisão do título para registro da locação dos terrenos, deixando-se para momento posterior a averbação da construção, porque o contrato diz respeito à locação de "loja" cujo faturamento servirá como base de cálculo do aluguel – Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por VIA VAREJO S.A. contra a r. sentença de fl. 426/428, que julgou procedente dúvida suscitada e manteve a

recusa aos atos de registro e averbação de contrato de locação junto às matrículas de imóveis pertencentes à circunscrição do Registro de Imóveis de Guarulhos.

Em síntese, a apelante sustenta que a r. sentença deve ser reformada e devem ser afastados os óbices ao registro e averbação do contrato de locação, pelas seguintes razões: 1) estão sendo observados os princípios da especialidade e continuidade, pois o título permite identificar de forma clara o objeto da locação, a partir da indicação das matrículas dos imóveis locados, e não se pode exigir a prévia unificação das matrículas e tampouco a prévia averbação da construção para registro do contrato; 2) a denominação da locatária está regular.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

O recurso deve ser desprovido.

A r. sentença recorrida manteve a recusa do ingresso do título porque: 1) no contrato de locação, constou como locatária a sociedade Nova Casa Bahia S.A., quando, à época da celebração, a locatária ainda se chamava Filisur Participações S.A.; 2) o objeto da locação não está devidamente descrito, face à necessidade de averbação da construção, com todas as consequências e requisitos legais.

O óbice relacionado à incorreção na denominação da empresa locatária deve ser mantido, na medida em que a própria recorrente admite que, na data de assinatura do contrato, a denominação da empresa ainda era Filisur Participações S.A., havendo um *"desencontro entre a data da assinatura do contrato e a realização da AGE que alterou a denominação da empresa"* (fl. 443).

Persistem também as razões relativas ao outro óbice apresentado pelo Oficial.

No título apresentado, o objeto da locação é a "loja" localizada na rua XV de Novembro, n.º 58, bairro Centro, cidade de Guarulhos (fl. 27), com os terrenos em que situada, constando no contrato a indicação das matrículas desses imóveis.

Contudo, não foi realizada a prévia averbação da construção do prédio em que instalada a "loja", cuja existência é elemento essencial do contrato celebrado.

A referência à "loja", realizada em diferentes cláusulas, deixa claro que, neste caso concreto, a locação abrange não somente o terreno, mas também o prédio não averbado e a própria atividade empresarial nele realizada, servindo o faturamento da referida "loja" como base de cálculo dos aluguéis que terão valores variáveis ao longo do tempo (itens 2.1 a 2.2.3 do contrato – fl. 31/33).

Sendo a "loja" e, em consequência, o prédio em que instalada, elementos indissociáveis da locação porque compõem os bens locados (terreno, prédio

e “loja”), não há como autorizar a cisão do título para o registro da locação dos terrenos, relegando-se a averbação da construção do prédio e “loja” para momento posterior.

Portanto, a falta da prévia averbação da construção nas matrículas dos imóveis que são objeto do contrato de locação constitui óbice ao registro, em consonância com o princípio da especialidade objetiva do registro imobiliário.

Apenas vale a ressalva de que, quando da averbação da construção, devem ser observados os reiterados precedentes deste E. CSM quanto à inexigibilidade de apresentação de CND, conforme posição do CNJ no Pedido de Providências n.º 0001230-82.2015.2.00.000 e nos termos das NSCGJ (Item 119.1 do Capítulo XX).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso para manter a recusa do registro do título.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1114495-41.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante VERA MARIA BARBOSA GALLANE, é apelado 15º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso para julgar a dúvida improcedente, v.u.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto nº 37.542)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE), DAMIÃO COGAN (DECANO), EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), CAMPOS MELLO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 31 de agosto de 2018.

PINHEIRO FRANCO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida julgada procedente – Escritura pública de compra e venda outorgada em 28 de abril de 1969 – Falta da assinatura de uma das testemunhas instrumentais – Omissão

Acesso ao Sumário

que, neste caso concreto, não se mostra suficiente para retirar a validade e a eficácia do ato notarial em razão do conteúdo das vontades manifestadas pelas partes do negócio jurídico – Recurso provido para julgar a dúvida improcedente.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra r. sentença que julgou procedente dúvida suscitada pelo Sr. 15º Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de São Paulo e manteve a negativa do registro de escritura pública de compra e venda do apartamento nº 3 do 2º pavimento, ou 1º andar, do Edifício situado na rua Vinte e Oito (28) – B, nº 95, quadra 42, do Núcleo Residencial Dr. Francisco Morato de Oliveira, 22º Subdistrito-Tucuruvi, São Paulo, com origem na transcrição nº 9.539.

A apelante alegou, em suma, que o registro foi negado em razão da omissão da assinatura de uma das testemunhas instrumentais indicadas na escritura pública de compra e venda. Esclareceu que requereu a declaração da convalidação da escritura ao MM. Juiz de Direito da 2ª Vara de Registros Públicos e que em razão do indeferimento desse pedido a presente dúvida foi julgada procedente. Asseverou que a legislação vigente prevê a possibilidade de dispensa da intervenção de testemunha instrumental em escritura pública, sendo também nesse sentido o item 30 do Capítulo XV das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça. Afirmou que na vigência do Código Civil de 1916 as testemunhas instrumentárias somente eram necessárias quando as partes não eram conhecidas do Tabelião de Notas e não podiam ser identificadas por documentos, para efeito de confirmação de suas identidades, o que não ocorreu neste caso concreto. Disse que a falta da assinatura de uma das testemunhas decorreu de erro do tabelião de notas. Requereu o provimento do recurso para que a dúvida seja julgada improcedente.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 91/93).

É o relatório.

A compra e venda do imóvel foi celebrada mediante escritura pública, lavrada às fls. 56/58 do livro nº 38 do 27º Tabelião de Notas da Comarca da Capital, em que figuraram como vendedor o IPESP, representado pela Dra. Lúcia Theresa Patti Giorgio Marrano, e como compradores o Sr. Péricles Barbosa Lima e sua esposa, D. Maura Borba Barbosa.

Além disso, figuraram na escritura pública como testemunhas instrumentais os Srs. Wilson José Flausino Alves e Antonio Flausino Alves, ambos qualificados como *"...funcionários deste cartório, aqui domiciliados e*

Acesso ao Sumário

residentes, meus conhecidos...”, dos quais somente o segundo a assinou.

Verifica-se na escritura de compra e venda que a participação das testemunhas instrumentárias teve como única finalidade comprovar a identidade das partes e confirmar o conteúdo das vontades que essas manifestaram ao escrevente para a celebração do negócio jurídico (fls. 16).

Essa era, ademais, a finalidade da intervenção das testemunhas instrumentárias nas escrituras de compra e venda, prevista em norma anterior ao Código Civil de 1916.

Contudo, diante da fé pública atribuída ao tabelião de notas, a Lei nº 6.952/81 alterou o art. 134 do Código Civil de 1916 para possibilitar a dispensa dessas testemunhas, exceto se uma das partes não pudesse ser identificada por documentos e não fosse conhecida do tabelião:

> *“Art. 134. É, outrossim, da substância do ato o instrumento público.*
>
> *(...)*
>
> *§ 5º – Se algum dos comparecentes não for conhecido do tabelião, nem puder identificar-se por documento, deverão participar do ato pelo menos 2 (duas) testemunhas que o conheçam e atestem sua identidade”.*

Essa norma foi repetida no art. 215, § 5º, do Código Civil vigente e, mais, a dispensa de testemunhas instrumentárias nas escrituras públicas de compra e venda é a praxe hoje adotada, pois assim possibilitado pela redação do item 44 do Capítulo XIV do Tomo II das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, ressalvando-se as hipóteses previstas em lei para sua intervenção.

Neste caso concreto o negócio jurídico foi celebrado por escritura pública em que o vendedor declarou a vontade de transmitir a propriedade do imóvel cujo preço recebeu integralmente (item “c” de fls. 15) e em que os compradores declararam que *“...aceitavam a presente escritura em todos os seus termos...”* (item “a” de fls. 16).

Diante disso, também *in casu* é possível reconhecer que a escritura pública representa negócio jurídico formalmente válido, sendo a ausência da assinatura de somente uma das testemunhas instrumentárias insuficiente para a declaração da invalidade do ato notarial nesta via administrativa.

Deve-se considerar, ademais, que a escritura pública foi assinada pelo escrevente que a lavrou e pelo Oficial Maior que a encerrou, contém em seu final a cotação dos emolumentos e selo (fls. 16), e que na certidão expedida na forma de traslado não consta que foi cancelada, pelo Tabelião de Notas, por estar incompleta (fls. 15/16).

No mais, quanto ao indeferimento do pedido administrativo de validação da escritura pública, prevalecem as razões expostas pelos ilustres membros do Ministério Público em seus doutos pareceres (fls. 53/56 e 91/93), ambos no

sentido de que a r. decisão prolatada no procedimento que teve curso perante a Corregedoria Permanente se limitou a reconhecer que na via administrativa não era possível alterar o conteúdo do ato notarial, isso sem implicar em declaração de validade ou nulidade da escritura pública.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para julgar a dúvida improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1000096-45.2015.8.26.0269/50000, da Comarca de Itapetininga, em que é embargante COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO – SABESP, é embargado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE ITAPETININGA.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos de declaração, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto nº 37.563)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE), DAMIÃO COGAN (DECANO), EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), CAMPOS MELLO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 21 de setembro de 2018.

PINHEIRO FRANCO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Alegações que revelam inconformismo da parte embargante – Questões debatidas que foram expressamente analisadas – Caráter infringente do recurso – Situação que não se enquadra nas hipóteses de cabimento dos embargos declaratórios (CPC, art. 1.022). Embargos de declaração rejeitados.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela *COMPANHIA DE*

SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO – SABESP em face do v. acórdão que julgou prejudicada a dúvida. Afirma, em síntese, que o acórdão proferido é nulo por ausência de contraditório, tendo sido proferido sem que fosse dada oportunidade às partes para manifestação sobre a norma em que fundada a decisão. Aponta a ocorrência de erro material, pois a exigência trazida pelo referido item 41.1.1 do Capítulo XX das NSCGJ diz respeito ao procedimento de dúvida inversa, sendo, portanto, inaplicável ao caso em comento. Acrescenta que o título foi apresentado ao Oficial, conforme certificado a fls. 50, de forma que há contradição entre a premissa da fundamentação e a conclusão trazida pelo acórdão embargado. Por fim, sustenta haver omissão em relação à apreciação de matéria de ordem pública consubstanciada na ausência de fundamentação da sentença recorrida.

É o relatório.

Ao apontar a ocorrência de suposta omissão, da qual decorre nulidade, e de contradição do julgado, pretende a embargante, em verdade, a modificação da decisão proferida, mais que seu aclaramento.

No entanto, não se prestam os embargos de declaração, salvo em situações excepcionais, à obtenção de efeitos infringentes. E, no caso concreto, não se vislumbra tal excepcionalidade.

Em que pese haver, no v. acórdão embargado, menção a dispositivo normativo que diz respeito ao procedimento de dúvida inversa, que não se aplica ao caso concreto, e ainda que considerado o teor da certidão copiada a fls. 50 ou mesmo a ausência de intimação das partes para manifestação sobre a questão, o fato é que ficou expressamente constando que:

"(...) as alegações do Sr. Oficial são, em tese, acertadas. Deveras, à luz do art. 176, II, 3, da Lei de Registros Públicos:

'Art. 176 – O Livro nº 2 – Registro Geral – será destinado, à matrícula dos imóveis e ao registro ou averbação dos atos relacionados no art. 167 e não atribuídos ao Livro nº 3.

II – são requisitos da matrícula:

3) a identificação do imóvel, que será feita com indicação:

a – se rural, do código do imóvel, dos dados constantes do CCIR, da denominação e de suas características, confrontações, localização e área;

b – se urbano, de suas características e confrontações, localização, área, logradouro, número e de sua designação cadastral, se houver.'

Já o art. 225 da mesma Lei dispõe:

'Art. 225 – Os tabeliães, escrivães e juízes farão com que, nas escrituras e nos autos judiciais, as partes indiquem, com precisão, os característicos,

as confrontações e as localizações dos imóveis, mencionando os nomes dos confrontantes e, ainda, quando se tratar só de terreno, se esse fica do lado par ou do lado ímpar do logradouro, em que quadra e a que distância métrica da edificação ou da esquina mais próxima, exigindo dos interessados certidão do registro imobiliário.

§ 1º As mesmas minúcias, com relação à caracterização do imóvel, devem constar dos instrumentos particulares apresentados em cartório para registro.

§ 2º Consideram-se irregulares, para efeito de matrícula, os títulos nos quais a caracterização do imóvel não coincida com a que consta do registro anterior.'

Referidas normas externam o princípio da especialidade e destinam-se a assegurar que a totalidade dos imóveis esteja precisamente individuada. A identificação há de ser tal que permita a quem a leia ter integrais condições de identificar os limites da área imobiliária objeto da matrícula. Somente quando satisfeitas as exigências legais e devidamente matriculado o imóvel é que registros e averbações futuras serão validamente efetuados.

À míngua da precisa descrição do imóvel, tampouco se consegue identificar a parcela sobre a qual recai a servidão cujo registro se almeja."

Ademais, na declaração de voto também ficou esclarecido que:

*"(...) calha que não há referência aos **lugares**, supõe-se, a servidão cujo registro se persegue, sem suficiente irresignação quanto ao ponto.*

*Sublinhe-se, neste passo, a indicação do plural: **lugares**.*

*É que são **quatro** os possíveis lugares referenciáveis a uma servidão: lugar-ubi, lugar-unde, lugar-quo e lugar-qua.*

Tal se disse em outra parte, 'e avistável a muito maior importância, teórica e prática, que se deve reconhecer ao tema do lugar-ubi no registro de imóveis, mas – ainda que redutíveis à sindicância do lugar-ubi –, as demais apontadas espécies correspondem, algumas vezes, a indagações rotineiras na praxis registral'.

*Lugar-ubi define-se a parcela do espaço **onde** está um dado corpo; trata-se, pois, do objeto de conceito ou conteúdo daquilo que se busca saber ou que se responde em face do advérbio **onde** (ubi servitium est?).*

*Lugar-unde é a fração do espaço de onde (**de** + **onde**) provem algo, donde procede, donde resulta, de onde parte ou começa cet. (unde servitium incipit? – onde começa a servidão, de onde ela parte).*

Se, todavia, postamo-nos no ponto em que começa o traçado físico de

Acesso ao Sumário

*uma dada servidão, podemos ainda indagar: aonde vai esta servidão de passagem? (quo it servitium?). E agora o de que tratamos é do lugar-quo, vale dizer, a parte do espaço **aonde** ou **para onde** se dirige, orienta ou ordena um corpo.*

*Também, ao fim, interessa saber **por onde** passa, em dado imóvel, a servidão que o afete. Este 'por onde' corresponde ao conteúdo de um lugar-qua, é dizer, a parcela de um espaço **por onde** passa um determinado corpo; se uma estrada corta um imóvel rural, tem-se de saber por onde – qua – passa essa estrada. Se uma servidão de passagem atinge um prédio, temos de aferir por onde ela passa (quase sempre isto se reduz ao locus-ubi, mas são lugares categoriais distintos).*

Assim, todas essas espécies de lugar (loci ubi, unde, quo quaque) correspondem a frações do espaço que podem ser ocupadas ou estão de fato ocupadas por um dado corpo, de sorte que, tratando-se de uma servidão que afete uma porção imobiliária, estes lugares devem esclarecer-se para a regularidade tabular."

Como se vê, todas as questões debatidas foram analisadas, de forma que não há omissões ou contradições a sanar, sendo de rigor a manutenção dos óbices apresentados pelo Oficial, tal como constou do v. Acórdão embargado.

Diante do exposto, pelo meu voto, **rejeito os embargos de declaração** opostos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1033886-29.2017.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são apelantes PAULO FERRACINI JUNIOR e CRISTINA REGINA GINÉ FERRACINI, é apelado 4º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DE CAMPINAS.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto nº 37.570)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE), XAVIER DE AQUINO (DECANO), EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), CAMPOS MELLO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 4 de outubro de 2018.

PINHEIRO FRANCO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: Registro de Imóveis – Escritura pública de compra e venda de imóvel – Vendedor casado sob o regime da comunhão parcial de bens ao tempo da celebração do negócio – Necessidade de anuência da esposa do vendedor ou de suprimento judicial – Óbices apresentados pelo registrador mantidos – Apelação não provida.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por *Cristina Regina Giné Ferracini* e *Paulo Ferracini Júnior* contra a sentença proferida pelo MM. Juiz Corregedor Permanente do 4º Oficial de Registro de Imóveis de Campinas/SP, que confirmou o óbice imposto pelo registrador referente à falta de outorga uxória da esposa do vendedor, ou alvará judicial para supri-la.

Alegam os apelantes, em síntese, que não sendo proprietária do imóvel, visto que adquirido antes da celebração do casamento, mostra-se desnecessária a outorga uxória da cônjuge casada com o vendedor pelo regime da comunhão parcial de bens.

A Douta Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

O dissenso versa sobre a registrabilidade da escritura de venda e compra lavrada em 29 de março de 2010, tendo por objeto o imóvel matriculado sob nº 13.053 junto ao 4º Oficial de Registro de Imóveis de Campinas/SP. O registrador entendeu pela necessidade de constar a outorga uxória da esposa do vendedor ou de alvará judicial para supri-la, uma vez que, embora o vendedor tenha sido qualificado como separado judicialmente, constatou-se que, ao tempo da celebração do negócio, era em verdade casado, em novas núpcias, com Denise Cardillo Barbosa, sob o regime da comunhão parcial de bens.

Da análise dos documentos apresentados, depreende-se que Luiz Antonio Guimarães Ferreira adquiriu, em 11 de novembro de 2005, o imóvel descrito na Matrícula nº 13.053 do 4º Oficial de Registro de Imóveis de Campinas/SP, certo que o adquirente, à época, encontrava-se separado judicialmente (R-4/13053).

Em 12 de janeiro de 2006, Luiz Antonio Guimarães Ferreira contraiu novas núpcias, pelo regime da comunhão parcial de bens, com Denise Cardillo Barbosa, que veio a falecer em 17 de junho de 2010.

Acesso ao Sumário

Em que pese o entendimento dos apelantes, os óbices apresentados pelo registrador estão corretos. Assim se afirma, pois a exigência de outorga uxória decorre do texto legal do art. 1.647 do Código Civil, que assim dispõe:

"Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

I – alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

(...)"

Veja-se que a única exceção diz respeito aos bens dos cônjuges casados em regime da separação absoluta, sem qualquer ressalva, porém, quanto aos bens particulares ou em comunhão nos demais regimes.

Isso se justifica na medida em que, embora a pessoa casada possa, livremente, praticar os atos necessários à manutenção do casal, alguns negócios jurídicos são tão relevantes para o patrimônio do casal e manutenção do núcleo familiar que, bem por isso, dependem da expressa anuência do outro cônjuge.

Por outro lado, se um dos cônjuges não quer, ou não pode, anuir à venda que o outro pretende realizar e para a qual a lei exige a vênia conjugal, permite o Código Civil, em seu art. 1.648, o suprimento judicial da outorga uxória.

Nesse cenário, não há como se concluir pela superação do óbice apontado pelo registrador.

Diante do exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001301-68.2016.8.26.0083, da Comarca de Aguaí, em que é apelante PLUS EMPREENDIMENTOS AGUAÍ SPE LTDA. – REPDA. POR ROGÉRIO TEIXEIRA, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE AGUAÍ.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso para manter a recusa do registro do título, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto n.º 37.568)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE), XAVIER DE AQUINO (DECANO), EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), CAMPOS MELLO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA

Jurisprudência - CSM
Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 4 de outubro de 2018.

PINHEIRO FRANCO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida julgada procedente – Instrumento particular de integralização de capital social – Sócio representado por mandatária – Procuração em que outorgados poderes para assinar e outorgar contratos de compra e venda de bens móveis e imóveis – Poderes genéricos que não autorizam a transmissão da propriedade de imóvel para integralização de capital social – Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por PLUS EMPREENDIMENTOS AGUAÍ SPE LTDA. contra r. sentença que julgou procedente a dúvida suscitada pelo Sr. Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Aguaí e manteve a recusa do registro do contrato de transmissão do imóvel objeto da matrícula n.º 3.931 que foi destinado para a integralização de seu capital social.

A apelante alegou, em suma, que o sócio Arnaldo Legaspe Barbosa promoveu a transmissão do imóvel, no instrumento de constituição da sociedade, visando à integralização de sua participação no capital social. Disse que o alienante foi representado por mandatária constituída por meio de escritura pública em que previsto poderes específicos para *"...assinar e outorgar contratos de quaisquer natureza, como contratos de locação ou fiança, compra e venda de bens móveis e imóveis..."*. Asseverou que o contrato social foi registrado na Junta Comercial, constituindo título hábil para o registro da transmissão do imóvel destinado à integralização de seu capital social. Aduziu que a transmissão de imóvel para integralização do capital social de empresa não é causa de dilapidação do patrimônio e não constitui ato que exorbite os poderes de administração ordinária. Esclareceu que os sócios mantêm relacionamento comercial desde 28 de agosto de 2014 quando celebraram contrato de parceria para a execução do loteamento DIVA ASSAD, para o que constituíram a empresa ER EMPREENDIMENTOS AGUAÍ SPE LTDA., e que a manifestação do interveniente Augusto Henrique Simon Barbosa não é suficiente para afastar a validade do negócio jurídico que foi celebrado.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Observo, inicialmente, que apesar da referência realizada na suscitação da dúvida (fls. 02) não foi juntada aos autos a certidão da matrícula n.º 3.931 do Registro de Imóveis da Comarca de Aguaí, o que seria necessário para a completa qualificação do título caso afastado o óbice oposto ao registro, consistente em ausência de poderes especiais e expressos para a mandatária representar o mandante na transmissão do imóvel.

Contudo, o resultado da dúvida dispensa a conversão do julgamento em diligência para a juntada da referida certidão.

O imóvel objeto da matrícula nº 3.931 foi transmitido pelo sócio Arnaldo Legaspe Barbosa, no "Instrumento Particular de Contrato Social de Constituição da Sociedade PLUS EMPREENDIMENTOS AGUAÍ SPE LTDA.", para a integralização de sua participação no capital social (fls. 03/14).

No contrato social foi esse sócio representado por procuradora constituída pela escritura pública de fls. 18/19.

A representação do mandante na alienação de imóvel para a integralização de capital social constitui ato que exorbita os poderes de mera administração, pois importa em retirar o bem do patrimônio do sócio e transmiti-lo ao patrimônio da sociedade que tem personalidade jurídica própria.

Em razão disso, para representar o sócio na transmissão de imóvel para a integralização de capital social deve a mandatária ter poderes especiais e expressos, na forma do parágrafo primeiro do art. 661 do Código Civil:

> *"Art. 661. O mandato em termos gerais só confere poderes de administração.*
>
> *§ 1º Para alienar, hipotecar, transigir, ou praticar outros quaisquer atos que exorbitem da administração ordinária, depende a procuração de poderes especiais e expressos".*

No presente caso, no instrumento público de procuração outorgado pelo sócio em favor de sua procuradora (fls. 18/19) constam, entre outros, os seguintes poderes:

> *"f.) Assinar e outorgar contratos de quaisquer natureza, como contratos de locação ou fiança, compra e venda de bens móveis e imóveis, assinar na qualidade de fiador, locador, e/ou locatário, outorgar Instrumentos Públicos ou Particulares em geral e Retificá-los ou Ratificá-los, se necessário, estipulando cláusulas e condições, aceitando fiadores; rescindir, alterar e prorrogar contratos; promover despejos, executar inquilinos, ou seus fiadores, receber aluguéis, taxas e indenizações; dar e receber quitação, firmar recibos das quantias recebidas;...";* (fls. 18/19).

Os poderes para *"...outorgar contratos de quaisquer natureza, como contratos de locação ou fiança, compra e venda de bens móveis e imóveis..."*,

entretanto, são por demais genéricos e não equivalem a poderes expressos para vender imóvel determinado, ou a determinar, com fixação do preço da venda, no que, em tese, poderia ser compreendido o poder para alienar imóvel mediante negócio jurídico distinto consistente em integralização de capital social.

Portanto, embora ambos os contratos, de compra e venda e de integralização de capital social, sejam bilaterais, onerosos e comutativos, neste caso concreto os poderes genéricos para outorgar contratos de quaisquer naturezas, como os de compra e venda, não podem ser interpretados como poderes para alienar imóvel determinado ou a determinar, por valor diretamente ajustado pela mandatária.

E o valor da alienação, ainda neste caso concreto, corresponde ao das cotas sociais integralizadas em nome do alienante, o que também afasta a alegação de que na integralização de capital social haveria mero ato de administração ordinária.

Por seu lado, os contratos de execução de loteamento de imóvel com parceria, reproduzidos às fls. 52/62 e 78/87, não compõem o título apresentado para registro e, mais, disseram respeito a negócios jurídicos distintos, razão pela qual não alteram o resultado da dúvida.

Por fim, diante do que foi alegado pelo interveniente Augusto Henrique Simon Barbosa (fls. 94/95), anoto que eventual litígio relativo à validade da procuração e de negócio jurídico em que o sócio foi representado pela mandatária deverá ser solucionado em ação própria, pois o procedimento de dúvida é inadequado para essa finalidade.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso para manter a recusa do registro do título.

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO (Corregedoria Geral da Justiça)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça de São Paulo, por ocasião da inauguração do retrato do Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças na Galeria da Corregedoria (Solenidade realizada em 05.09.2018).

Excelentíssimo Senhor Desembargador PEREIRA CALÇAS, Digníssimo Presidente desta Corte de Justiça, na pessoa de quem saúdo a todas as Altas Autoridades, Magistrados, Membros do Ministério Público, Advogados e Defensores Públicos, todos já nomeados.

Saúdo em especial a Querida Maria Amélia, sua esposa, companheira e amiga de todas as horas (dona de muitos dotes, dentre os quais o gastronômico e que todos aprendemos a apreciar, e muito), e que derrama seu amor e doçura no lar dos Pereira Calças. Também saúdo seus filhos Ruth e Thomaz, seu genro e nora Mateus e Gisela e as mais adoráveis figuras da família, Lucas e Gabriel, que do alto de seus 5 e 12 anos, veem o avô, que tanto amam e admiram, receber essa homenagem em dia que sabem tão especial (embora que possam momentaneamente não compreender a fundo o alcance da solenidade) e o reconhecimento de toda Família Forense a um de seus membros mais destacados.

Pois bem, caríssimo Manoel.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado hoje se reúne pra uma festa mui grata às suas tradições: a inauguração do retrato de Vossa Excelência, um dos vultos mais insignes da Magistratura Paulista, na Galeria dos Corregedores Gerais da Corte.

É a justa homenagem àquele cuja trajetória judicante e de gestor, iluminada das luzes de uma inteligência privilegiada, sempre pautou pelo amor ao trabalho, firmeza de atitudes e dedicação integral à Instituição, que abraçou em 1976, como Magistrado (e antes, 1971, como escrevente) e que dignifica.

Vossa Excelência é um dos Magistrados cujo perfil MATIAS AIRES assim traçou, em estilo lapidar: **"o julgador prudente é severo, sem injúria nem dureza, inflexível sem arrogância, reto sem aspereza nem malevolência, modesto sem desprezo, constante sem obstinação, incontestável sem furor e douto sem ser interpretador ou legislador".**

Nessa toada é que Vossa Excelência galgou todos os degraus da Justiça Comum até se investir, por escolha de seus pares, na Corregedoria Geral de

Acesso ao Sumário

Justiça e agora na Presidência da Corte Paulista.

Velho lidador do direito, profundo conhecedor da psicologia humana e ainda revestido daquela fibra moral da ancestralidade bandeirante, Vossa Excelência não tremeu e logo soube se impor pelo destemor, equilíbrio e a facilidade do diálogo dentro das normas de respeito, civilidade e imparcialidade, próprias do bom homem e profissional. Com essa postura, aplainou-se o caminho de vossa ação judicante, livre de obstáculos.

A Corregedoria Geral de Justiça é o braço técnico do Tribunal de Justiça, porto seguro para os Magistrados, que aqui recebem orientação e auxílio. É aqui que são pensados, recebem orientação e auxílio. É aqui que são pensados, trabalhados e desenvolvidos projetos, concepção e planos de toda natureza para a melhoria das atividades jurisdicionais, mas sempre com os olhos na melhoria das atividades jurisdicionais, mas sempre com os olhos na melhoria do cotidiano do cidadão. E dentre os vários projetos que foram criados e executados na gestão de Vossa Excelência, e poderia revelar muitos deles, há um que merece destaque e que, igualmente, mostra a preocupação de Vossa Excelência com o outro e diz com a alma de todos nós: **Adote um boa noite**. Projeto que busca facilitar e viabilizar concretamente a adoção de jovens já desencantados com o tempo nos abrigos e que vem possibilitando a eles o que todos nós buscamos sempre: uma família que nos acolha em todos os momentos, amor incondicional e um amparo em nosso dia a dia. E nesse momento não poderia deixar de lembrar do E. Juiz IBERÊ DE CASTRO DIAS, responsável na sua gestão pela execução de ideal de tamanha relevância e que na minha já o ampliou para todo o Estado, buscando fazer o bem.

Além dos projetos, não se pode esquecer as viagens por todo nosso Estado, os encontros com os Magistrados, quando Vossa Excelência ouviu sobre suas dificuldades e aflições, seus anseios, seus projetos e conquistas e a constatação da excelência do trabalho executado por eles e pelos notáveis servidores, a despeito de dificuldades de toda ordem, muitas de cunho material, que são suplantadas diuturnamente por esses invencíveis homens públicos. Da mesma forma a relação com os notáveis professionais do extrajudicial, parceiros institucionais de toda uma vida, que nos ajudam a dar segurança às relações sociais e jurídicas.

Por essas razões, pelo trabalho de Vossa Excelência, pela dedicação, pelo notável sentimento de melhorar a vida do cidadão é que a Corregedoria Geral de Justiça, com adesão de todos, deliberou inaugurar, nesta sala, o retrato de Vossa Excelência como tributo de honra àquele que o dignificou.

A homenagem de hoje, caríssimo Manoel, é igualmente tributo de honra a seus venerandos Pais, que lhe moldaram o caráter segundo os ditames da moral e da justiça. E imagino a felicidade de sua esposa, caríssima MARIA AMÉLIA,

fonte de estimo e apoio em todos os momentos da carreira e da vida, a vibração dos filhos, genro e nora, e dos netos adoráveis, tão amados pelo avô, do que sou testemunha diária, reafirmo.

Assinala VIEIRA que "o melhor retrato de cada um é aquilo que escreve". Seja-me permitido, em confirmação desta verdade, recitar as palavras que Vossa Excelência pronunciou ao tomar posse na presidência da Corte:

"Após mais de quatro décadas de exercício diuturno da judicatura forjada com o amor e a paixão próprias do vocacionado, atuei com dedicação, dignidade, ética, comprometimento e independência, cultivei a altivez dos soldados e a humildade e simplicidade do franciscano, a operosidade do trabalhador incansável e a austeridade dos filósofos estoicos, tendo percorrido com calma e atropelos todos os degraus da longa carreira de Magistrado, cultuando a toga mantida imaculada ao solucionar os mais diversos tipos de conflitos e desentendimentos brotados da alma humana, procurando dar a cada um o que é seu com a aplicação do direito teleologicamente interpretado mediante a exegese histórica, sistemática e principiológica, com o objetivo de distribuir justiça. Sempre cultivei a assiduidade, a pontualidade, a produtividade e a urbanidade, sem tergiversar com a autoridade e a soberania que ornamenta o Poder Judiciário".

Clara Profissão de Fé, a refletir a alma do Desembargador PEREIRA CALÇAS e a retratar a imagem da justiça, que já disse, **"é o reflexo das figuras humanas que a cultuam, e do trabalho diuturno de seus servidores; do amor, do idealismo e do sacrifício pessoal daqueles que a dignificam, na defesa da majestade do Poder Judiciário, de que depende a aplicação do direito e a defesa dos direitos fundamentais do homem"**.

O tributo a Vossa Excelência, assim entendido o alcance dessa solenidade, tem por fim precípuo homenagear a quem contribuiu, com relevo, para o prestígio do Poder Judiciário e desta Corte e concorreu decisivamente para elevar em dignidade a instituição. A imagem da Justiça, aliás, é o reflexo das figuras humanas que a cultuam, É o reflexo do amor, do idealismo e do sacrifício pessoal daqueles que a dignificam, lembro novamente. E Vossa Excelência materializa com suas atividades esses predicados.

A inauguração do retrato de um Magistrado na Galeria da Corregedoria Geral da Justiça corporifica sem eu frio papel a linguagem muda do bem, a essência da nacionalidade e cidadania, a paixão pelo justo, o amor fecundo pelo destino da Pátria, a emoção dos sonhos e esperanças, a lágrima do irmão desamparado, a solidariedade, a altivez e o desassombro dos Paulistas. Em uma só, a Fé!

É um símbolo a representar sentimentos, os mais puros, que nele, no

retrato, ficarão inscritos para além dos tempos, como exemplo de dedicação de uma vida para o bem comum e para a paz social. E esta solenidade busca manter as antigas tradições de nossa Justiça, tais como hoje se mantém e haverão de se manter enquanto São Paulo for São Paulo.

Muitos devotam amor ao Poder Judiciário, elevando-o. Mas Vossa Excelência o faz com a força, o sentimento, a paixão, com o espírito, com a consciência. E esse amor não tem pretensões, nem interesses (daí sua pureza), senão o prestígio da Instituição que vossa Excelência abraçou à primeira hora.

Por essas razões – e muitas mais que o momento não me permite discorrer – é que o Tribunal de Justiça de São Paulo, e a Corregedoria Gerald a Justiça em especial, que será sempre sua casa, deliberou materializar na Galeria de nomes insignes e que representam a história da Corte, o retrato de Vossa Excelência, como tributo a quem dignificou e como exemplo às novas gerações de juízes de nossa Terra.

Saiba Vossa Excelência da reverência, da admiração e do respeito que lhe são tributados pelos Juízes Paulistas e pela Família Forense. Saiba que ao homenagear Vossa Excelência é a Corte que se sente prestigiada e homenageada.

Que Deus o ilumine e o abençoe.

São esses os nossos sentimentos, expressos na simplicidade de minhas palavras.

Obrigada por me ouvirem.

LUÍS ROBERTO BARROSO (Ministro do Supremo Tribunal Federal)

Discurso proferido por ocasião da posse dos Ministros Dias Toffoli e Luiz Fux na Presidência e Vice-Presidência do STF - Supremo Tribunal Federal (Cerimônia realizada em 13.09.2018).

Acesso ao Sumário

CAMINHOS DA TRANSFORMAÇÃO

Recebi, com alegria, o honroso convite do Ministro Dias Toffoli para que eu o saudasse em nome do Tribunal, nesse momento em que chega ao ponto culminante de sua carreira pública. Espero estar à altura da missão. Peço a benção ao nosso decano, Ministro Celso de Mello, e a inspiração dos grandes nomes que por aqui passaram, muitos deles presentes nesta tarde.

Toffoli e eu fazemos parte da geração que lutou pela transição democrática brasileira. E, assim, sabemos bem que democracia não significa um regime de consensos, mas um modo de convivência em que as divergências são absorvidas

de maneira civilizada e institucional. No mundo que ambos trabalhamos para consolidar, pessoas que eventualmente pensem de forma diferente não são inimigas, mas parceiras na construção de uma sociedade aberta e plural. Ressalto esse ponto porque Toffoli e eu, em algumas ocasiões tivemos visões diferentes dos caminhos a seguir. Esse fato, todavia, jamais diminuiu o respeito e consideração que temos um pelo outro, nem tampouco meu apreço pela maneira autêntica e leal com que sempre se comporta. Somos, assim, amigos afetuosos. E eu considero a afetividade uma das forças mais poderosos do universo.

José Antônio Dias Toffoli nasceu em Marília, São Paulo, no ano de 1967. Como cairia bem a um patriota, escolheu o dia 15 de novembro, data da Proclamação da República. Foi o oitavo dos nove filhos do casal Luiz Toffoli, cafeicultor e marceneiro, e Sebastiana Seixas Dias Toffoli, catequista e professora do ensino regular. Aos 18 anos, mudou-se para São Paulo, para cursar a prestigiosa Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Ali, no Largo de São Francisco, foi diretor do Centro Acadêmico XI de Agosto, onde teve início a sua preocupação com o Brasil e as causas dos menos favorecidos. Com essa motivação, após se graduar, em 1990, tornou-se consultor jurídico de entidades sociais, como a Associação de Defesa da Moradia e o Departamento Nacional dos Trabalhadores Rurais. Na feliz reflexão de Nelson Mandela, *"é a diferença que fazemos na vida dos outros que determinará a importância da vida que levamos"*. Na sequência, Toffoli seguiu para a assessoria jurídica da Assembleia Legislativa e da Câmara dos Deputados. Entre 2007 e 2009, comandou a Advocacia-geral da União, onde marcou época. E, em outubro de 2009, pouco antes de completar 42 anos, tomou posse como Ministro do Supremo Tribunal Federal. E hoje torna-se o mais novo Ministro a assumir a chefia do Poder Judiciário.

Como Advogado-Geral da União ou como Ministro do Supremo, Dias Toffoli atuou, com proficiência e descortínio, em casos emblemáticos, que incluíram: (i) a defesa de cotas para afrodescendente; (ii) a demarcação de terras indígenas e de quilombos; (iii) a defesa das pesquisas com células-tronco embrionárias; e (iv) o direito dos transgêneros à alteração do prenome e de sua classificação de gênero no registro civil. No difícil embate que se trava no país contra a impunidade – que teve nesta Corte avanços e retrocessos -, foi seu *leading case* sobre colaborações premiadas, que considerou, acertadamente, como negócios jurídicos vinculantes entre acusação e defesa, conferindo segurança jurídica aos interessados em colaborar com a justiça. Também coube a ele, em caso que evidenciava as deficiências do sistema penal, pôr fim à farra de recursos procrastinatórios e determinar a execução imediata de vetusta condenação, prestes a prescrever. Foi de sua relatoria, igualmente, decisão que vedou, no âmbito do Sistema Único de Saúde, tratamento diferenciado a pacientes que pagassem para terem atendimento melhor.

Acesso ao Sumário

Toffoli e eu nos aproximamos, profissionalmente, por ocasião do julgamento da ADPF 54, da relatoria do nosso vice decano, Ministro Marco Aurélio, envolvendo a interrupção de gestação de fetos anencefálicos. Lado a lado, ele na AGU e eu como advogado, defendemos o direito de uma mulher não ser obrigada a permanecer grávida do filho que não iria ter. A questão da interrupção da gestação é um tema delicado em todo o mundo. Toffoli tem uma visão sensível e progressista nessa matéria.

O Brasil e o mundo assistiram à ascensão política e institucional do Poder Judiciário nas últimas décadas. Esse fenômeno foi potencializado, entre nós, por uma Constituição abrangente, que trata, em detalhe, de grande variedade de temas que, em outros países, são relegados para a política ordinária. No Brasil, porém, por uma falha do desenho institucional, o Supremo Tribunal Federal assumiu um protagonismo que, no mundo ideal, não deveria ter. Em todas as democracias, supremas cortes ou tribunais ou tribunais constitucionais têm duas grandes missões: assegurar o respeito às regras do jogo democrático e proteger os direitos fundamentais. A Constituição brasileira acrescentou, em larga escala, um outro papel: o de funcionar como tribunal criminal de primeiro grau para uma imensa quantidade de autoridades, incluindo todos os parlamentares. Até período recente, havia cerca de 500 (quinhentos) processos criminais no Supremo, entre inquéritos e ações penais. Foram estes os casos que deram superexposição ao Tribunal e chamuscou-o com o fogo das paixões desordenadas da política. Não foi a defesa da democracia ou dos direitos humanos que colocaram o Tribunal na vitrine, e sim esta competência que ele não deveria ter. Com a adesão do Ministro Dias Toffoli, o Supremo Tribunal Federal promoveu drástica redução do foro privilegiado, uma tarefa que ainda precisa ser completada pelo Congresso Nacional.

A esse propósito, o Ministro Dias Toffoli professa uma crença importante – e que, penso, todos nós aqui compartilhamos: a de que numa democracia, política é gênero de primeira necessidade. O mundo e o Brasil viveram experiências devastadoras com tentativas de governar sem política, substituída por regimes militares, tecnocratas e polícia ideológica. Por isso mesmo, é preciso restituir à política o papel central que lhe cabe em uma democracia, com representatividade, credibilidade e identificação com o interesse público. A agenda inacabada do Brasil inclui a continuidade da reforma política, que deve buscar três objetivos imprescindíveis: baratear o custo das eleições, aumentar a representatividade dos parlamentares e facilitar a governabilidade. É preciso admitir que o Supremo Tribunal carrega algumas culpas nessa matéria. Mas de nada adianta chorar o passado. A nação brasileira precisa se mobilizar e confiar no idealismo e nos compromissos de seus representantes com o país.

Nesse tema, em relação ao qual estamos atrasados e com pressa, o Ministro Dias Toffoli defende a ideia de que o país deveria experimentar o sistema distrital

misto, no modelo alemão, posição que tem adesão de boa parte das lideranças do Congresso Nacional. Também aqui, nossas afinidades são plenas.

O Brasil vive, como é notório, um momento difícil, abalado por uma tempestade política, econômica e ética. Sombria como possa parecer a fotografia do momento, sou convencido de que vivemos um momento de refundação do país. Há na sociedade civil uma imensa e emocionante demanda por integridade, idealismo e patriotismo. E essa é a energia que muda paradigmas e empurra a história na direção certa. Somos o 96º colocado no Índice de Percepção da Corrupção da Transparência Internacional. Eu acordo todos os dias envergonhado com esse número. O que ocorreu entre nós, de longa data, foi um pacto oligárquico de saque ao Estado. Esse pacto foi renovado por diversas vezes, mesmo pelos que se apresentaram para combatê-lo.

Mas o Ministro Toffoli – assim como todos nós aqui -, faz parte de uma geração que venceu a ditadura, derrotou a hiperinflação e obteve vitórias expressivas sobre a pobreza extrema. Nenhuma batalha é invencível. A última causa que nos resta, antes de sairmos do caminho, é empurrar a corrupção para a margem da história. No meio da noite escura, já se avistam as primeiras luzes. A sociedade já mudou e deixou de aceitar o inaceitável. A iniciativa privada está mudando e todas as empresas relevantes deram ênfase ao setor de *compliance*. O Judiciário vai mudando aos poucos. E a política também vai mudar. É preciso ter fé, votar bem e cobrar. Queremos um país melhor e maior.

O combate à corrupção no Brasil, que avançou muito, ainda enfrenta três obstáculos poderosos. O primeiro: parte do pensamento progressista acredita que os fins justificam os meios e que a corrupção não é mais do que uma nota de pé de página na história. Estão errados. Ela drena os recursos que deveriam contribuir para a distribuição de riqueza e bem-estar, cria uma relação pervertida entra a cidadania e o Estado e gera um ambiente geral de desconfiança entre as pessoas. O segundo obstáculo é que parte das elites brasileiras milita no tropicalismo equívoco de que corrupção ruim é a dos adversários, dos que não servem aos seus interesses. Mas se for dos parceiros de pôquer, de mesa e de salões, o problema não é grave. São essas elites extrativistas que nos atrasam na história, nos retêm como um país de renda média e impedem a prosperidade para todos. Em terceiro lugar estão os próprios corruptos. E aí há dois grupos: os que não querem ser punidos, o que é um sentimento humano compreensível; mas há um lote ainda pior: o dos que não querem ficar honestos nem daqui para a frente.

Em suma, há uma Nova Ordem querendo nascer e uma Velha Ordem que resiste à mudança. A Nova Ordem pressupõe a substituição do pacto oligárquico por um pacto de integridade. Com ele virá o tempo em que não será mais legítima a apropriação privada do Estado e do espaço público. Para elevar o patamar civilizatório do Brasil, tudo o que precisamos são duas regras básicas:

na ética pública, não desviar dinheiro; na ética privada, não passar os outros para trás. Essa será a grande revolução brasileira. Para realizá-la, precisamos de um choque de iluminismo, de idealismo e de pragmatismo. Iluminismo para sermos capazes de imaginar um país melhor e maior, apto a cumprir bem o seu destino. E pragmatismo para adotarmos linhas de ação baseadas na experiência e nos resultados, e não na retórica vazia que tantas vezes nos desviou na história. Com V. Exa. À frente do Poder Judiciário, Ministro Toffoli, tenho confiança que continuaremos essa transição do velho para o novo com seriedade, empenho e harmonia entre os Poderes.

A sociedade brasileira e seus pares nesse Tribunal depositam grande expectativa na capacidade de gestão de V. Exa., já testada e aprovada na condução bem-sucedida de outras instituições. Na Advocacia-Geral da União, por exemplo, foi sob sua direção que se criaram as importantíssimas câmaras de conciliação. E, no Tribunal Superior Eleitoral, foi de sua iniciativa a implantação revolucionária do Documento Nacional de Identidade. Aqui no Supremo, não faltam desafios para serem enfrentados com ousadia e criatividade. Destaco três: o volume de processos, que torna a jurisdição constitucional lenta e deficiente; a monocratização do Tribunal, que o enfraquece institucionalmente, e as incertezas de uma pauta aleatória. Sei que V. Exa. Tem conversado com os colegas e levado em conta ideias importantes, que incluem: (i) o Tribunal não admitir mais recursos extraordinários do que possa julgar em um ano. Do contrário ele atravanca a justiça do país; (ii) todas as medidas cautelares em todos os tipos de ação terem de ser lançadas imediatamente no Plenário Virtual para ratificação ou não; e (iii) uma vez reconhecida a repercussão geral de qualquer recurso extraordinário, marca-se a data de julgamento, saltando-se um semestre. Outras providências simplificadoras e capazes de dar maior celeridade à atuação do Tribunal têm sido cogitadas, como levar o julgamento em Plenário Virtual repercussões gerais antigas, bem como as ações diretas contra leis estaduais, quando se trate de reafirmação de jurisprudência pacífica. Não conheço ninguém melhor do V. Exa. Para, com diálogo, implementar mudanças imprescindíveis para que o Supremo Tribunal Federal tenha um padrão internacional.

Acesso ao Sumário

Antes de concluir, dedico algumas palavras de admiração e carinho para o Vice-Presidente, hoje igualmente empossado, o Ministro Luiz Fux. Somos amigos e parceiros desde onde a vista alcança. Recém-graduado, Luiz Fux foi meu professos de prática forense na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, no distante ano de 1980. Pouco depois, também eu me tornei professor na mesma instituição e ali dividimos turmas, angústias e momentos felizes. Assisti de perto sua vitoriosa carreira em todas as áreas em que se aventurou, começando pelo Ministério Público, para cujo ingresso foi examinado por meu pai. Estive presente e torcendo por ele na prova oral do seu concurso para a magistratura estadual, no qual obteve – sem surpresa

– o primeiro lugar. Já como juiz, e por designação especial, foi ele o celebrante do meu casamento feliz e duradouro com Tereza, minha doce amada, anjo da guarda e porto seguro. Após uma trajetória fulgurante no Tribunal de Justiça, Fux foi alçado ao Superior Tribunal de Justiça. A vinda para o Supremo foi o desdobramento natural de uma carreira brilhante. O destino insistiu em nos aproximar e, nos últimos anos, temos sentado lado a lado aqui na bancada. Com humor carioca, a vida nunca fica aborrecida entre nós. *Shalom*, meu querido amigo.

E, por fim, uma palavra de despedida para a Presidente Cármen Lúcia, que hoje passa o cargo, com a missão cumprida. Ao longo da minha vida adulta, poucos avanços foram amis visíveis e notáveis do que a ascensão feminina na sociedade brasileira. Do Estatuto da Mulher Casada, de 1962, que rompeu o estigma da incapacidade civil, até a Constituição de 1988, que assegurou a igualdade plena entre os cônjuges e reconheceu a união estável, uma história de lutas e vitórias conquistadas com suor e sacrifícios. Também vieram as conquistas de liberdade sexual, de acesso ao mercado de trabalho, da igualdade remuneratória e o embate permanente contra a violência doméstica, tema que teve na Ministra Cármen Lúcia uma militante empenhada e destemida. Senhor Presidente: V. Exa. é um símbolo extraordinário desses avanços. O Supremo foi conduzido, nos últimos dois anos, com retidão, espírito público e inexcedível dedicação. E não foram tempos banais. Antes pelo contrário, o país enfrentou tormentas diversas. Sendo o Supremo Tribunal Federal parte essencial do quadro de institucional do país, aqui também chegaram vendavais, trovoadas e tempo ruim. Nessas horas, a serenidade e a sensibilidade de V. Exa. conseguiram nos levar a porto seguro, evitando acidentes e naufrágios. Ministra Cármen Lúcia: receba o reconhecimento de seus pares e da nação brasileira.

Faço um último registro pessoal acerca do novo Presidente, antes de encerrar. Eu sou um observador atento de como as pessoas que têm poder tratam as outras. É nessa relação que você conhece, verdadeiramente, o caráter de cada um. Pois tenho uma informação privilegiada as compartilhar: os servidores do gabinete do Ministro Dias Toffoli adoram ele. Este é um bom sinal. Volto a Nelson Mandela: *"Uma boa cabeça e um bom coração são uma formidável combinação"*.

Hora de concluir: Eu gosto muito de uma passagem que se atribui a Michelângelo em que le diz:

"O maior perigo, para a maioria de nós
Não é que o alvo seja muito alto
E não se consiga alcança-lo.
É que ele seja muito baixo
E a gente consiga".

Acesso ao Sumário

Precisamos pensar grande e ousar para além do convencional. Ministro Dias Toffoli: são muitos os desafios pela frente. Governança do Supremo, aprimoramento do CNJ, melhoria do Judiciário em geral, combate à corrupção, preservação da harmonia entre os Poderes. A bandeira da Justiça está em suas mãos. A vida preparou-o para este momento. A História o espera. Estamos todos do seu lado. Seja abençoado.

SILVIA ROCHA (Desembargadora)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça de São Paulo, por ocasião da entronização do busto da advogada e educadora Maria Augusta Saraiva (Cerimônia realizada em 24.09.2018).

Excelentíssimo Senhor Desembargador PEREIRA CALÇAS, Digníssimo Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, na pessoa de quem, respeitosamente, cumprimento todos os presentes.

Estamos hoje reunidos para prestar justa homenagem, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, e aprovada pelo C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, à advogada Maria Augusta Saraiva.

Dra. Maria Augusta Saraiva, recordemos, foi a primeira mulher a ingressar e a colar grau na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, a primeira, portanto, a estudar Direito no nosso Estado.

Nasceu em São José do Barreiro, cidade deste Estado de São Paulo, em 31 de janeiro de 1879, filha do major Joaquim José Saraiva e de Leopoldina Maria Saraiva. Viveu em Araraquara e Rio Claro e estudou no renomado Colégio Inglês. Adolescente, veio para São Paulo, foi aprovada com distinção em todos os seus exames preparatórios e teve deferida sua matrícula na Faculdade de Direito em 12 de março de 1898.

Acesso ao Sumário

Sua colação de grau deu-se em 03 de maio de 1902 e o arador da turma, Luiz Gonzaga Mendes de Almeida, pronunciou discurso, destacando o fato, com não surpreendente formulação preconceituosa, esperada para a época, nos seguintes termos:

"Há entre nós uma bacharelanda, uma distinta colega, que soube provar que o direito, esse poder moralmente inviolável, pode perfeitamente ser estudado pela mulher. Se a energia do homem é necessária para manter aplicação do direito, não menos útil, para determiná-lo, aconselhá-lo, testemunhá-lo, é a delicadeza do coração da mulher. Seja ela o aviso do rigor das leis, quando se

torna oportuna a aplicação da equidade. Seja ela a conselheira das noivas para o regime do casamento; seja ela a conselheira da viúva na direção dos órfãos; seja ela a conselheira da testadora na forma das disposições de última vontade; seja ela a voz defensora dos infelizes que caem na loucura do crime. Seja ela, em suma, a testemunha de que nesta Faculdade, acima dos direitos do homem, nós colocamos os direitos da mulher; pois exmas. senhoras, ficai certas, o homem, por mais forte que seja, Sansão, Holophernes, Marco Antonio, ou quem quer que for, será sempre aquilo que a mulher quiser que ele seja." (Cf. Marcelo de Alcântara, em artigo publicado em Revista da Faculdade de Direito da USP, no Centenário do Bacharelado de Maria Augusta Saraiva).

O Professor Brasílio Machado, paraninfo da turma, composta por quatorze homens e uma mulher, proferiu discurso final, destacando que, também para os professores, aquele dia não representava somente a formatura de mais uma turma. Disse, com amis sutileza na alusão ao gênero:

"No meio de vós, e pela primeira vez nesta Faculdade, veio uma senhora compartir o prêmio alcançado, e trazer o contingente de sua fraqueza, que é uma força, para a obra viril da restauração do direito. Bem-vinda seja! Aos primeiros movimentos revolucionários de 89, Mirabeau instava com seus conjurados: 'Nossa vitória depende do concurso da mulher!'. E a revolução destruiu o direito. Por que não poderemos nesta hora dizer também: Vinde, senhora. Não se trata mais de destruir o direito, mas de reconstruir o direito. Nossa missão precisa do concurso da mulher." (Cf. Marcelo de Alcântara, idem).

Formada, Maria Augusta passou a trabalhar no escritório do irmão, José Joaquim Saraiva Júnior, fez defesa neste Tribunal de Justiça e na cidade de Jaboticabal, alcançando a absolvição de acusados de homicídio.

Atraída pelo magistério, fundou o Colégio Paulistano, estabelecimento de ensino secundário para moças, atualmente, Instituto de Ciências e Letras. Mudou-se para o Rio de Janeiro, para acompanhar o irmão, que foi nomeado Juiz Municipal daquela cidade.

Alguns anos mais tarde, ao voltar a São Paulo, decidiu estudar pedagogia na Escola Normal "Caetano de Campos", onde se formou em 1918, ingressou no quadro do ensino primário oficial do Estado e permaneceu lecionando até 1947. Antes de aposentar-se, foi nomeada Consultora Jurídica do Estado. Faleceu em 1961 e dá nome a estabelecimento de ensino no bairro da Bela Vista.

Vida plena, fundada no estudo e no trabalho.

Obstáculos podemos imaginar, mas não avaliar com precisão, do início do século XX, quando a mulher não votava e dependia de assistência para praticar atos jurídicos, não impediram as escolhas, os esforços, as conquistas e as realizações da pioneira Maria Augusta.

Imersa nos valores da sua época, quando o conceito de discriminação não

era conhecido e não se cogitava de igualdade entre homem e mulher, caminhou Maria Augusta, solitária e silenciosamente, realizando seus desejos e cumprindo aquilo a que se propusera, sem dar conta nem importância à condescendência com que sua imperturbável audácia era tratada. Sua jornada é mais eloquente do que qualquer discurso ou grito.

Em época de fundamentalismos vários, religioso, político, científico e tantos outros, decorrentes de ignorância, intolerância e autoritarismo, que só visam seu próprio projeto de poder, a imagem da seriedade, disciplina e determinação da nossa homenageada, seguindo por entre e sobre todas as dificuldades, é inspiradora.

Tudo em nosso mundo é diverso daquele em que viveu Maria Augusta: instituições, os sistemas políticos, as relações, as proporções dos conflitos. Os brados e lutas contemporâneas pela igualdade do direito de todos, pela ausência de misoginia, racismo, violência e preconceito se avolumaram e intensificaram e não podia ser diferente, porque as injustiças foram reveladas e passaram a ser insuportáveis.

Hoje, unem-se os que creem na compreensão, na proteção aos vulneráveis, na defesa de todos os direitos e, em especial, no direito à educação, para fazê-los valer e para se fazer ouvir. Não há mais necessidade, apenas, de bons propósitos, coragem e boa vontade.

Recordar o pioneirismo serve, porém, para lembrar que conquistas se forjam com convicção, planejamento, empenho e perseverança, mesmo em vista de grandes dificuldades.

Com gratidão e reconhecimento a essa lição atemporal, que precisa ser constantemente recordada, o Tribunal de Justiça de São Paulo, palco de tão relevantes julgamentos e de tão relevantes homenagens, rende mais esta e recebe com honra e orgulho o busto da grande educadora e primeira bacharel em direito deste Estado, a Dra. Maria Augusta Saraiva.

A todos que prestigiaram, com sua presença, esta homenagem, muito obrigada!

Acesso ao Sumário

GISELE FLEURY CHARMILLOT GERMANO DE LEMOS (Secretária-geral da OAB-SP)

Discurso proferido em nome da Ordem dos Advogados do Brasil, por ocasião da entronização do busto da advogada e educadora Maria Augusta Saraiva (Cerimônia realizada em 24.09.2018).

Meus amigos, minhas amigas,

Meus senhores, minhas senhoras,

A mim coube, por especial deferência do nosso presidente, Doutor Marcos da Costa, a honra de saudar a homenageada da tarde, Doutora Maria Augusta Saraiva, cujo busto entra oficialmente, a partir de hoje, na galeria dos célebres juristas desta Casa.

Sei que outros tantos colegas gostariam de estar no meu lugar, para terem a oportunidade, que terei, de rememorar um pouco de sua trajetória.

Esta alegria, porém, é minha! A de ser a porta-voz da plêiade de advogadas e advogados, deste Estado.

Se alongarmos os olhos deste recinto até os longes, no final do século XIX, dar-nos-á aos olhos do espírito extasiado a visão do ano de 1897 quando abriram-se as portas da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco para o ingresso de Maria Augusta Saraiva.

A sua entrada marca o pioneirismo da mulher que foi a primeira figura feminina a estudar ali.

Destacou-se nas Arcadas e ao formar-se, em 1902, recebeu como prêmio uma viagem à Europa.

De regresso, estreou na Tribuna do Júri, primeiro na Capital e depois no interior do Estado, na cidade de Jaboticabal. Nos dois casos conseguiu a absolvição dos acusados.

Marcelo de Alcântara, aluno do curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em seu trabalho em 2002 sobre o Centenário do Bacharelado de Maria Augusta Saraiva, bem disse: "Que o legado de Maria Augusta Saraiva, a prenunciadora das bacharelas deste século, seja preservado, seja esmerado, seja difundido".

Hoje, na inauguração deste busto, prestamos o respeito e a admiração à homenageada.

É preciso que se saiba que Maria Augusta nasceu no interior paulista, em São José do Barreiro, cidade próxima à divisa com o estado do Rio de Janeiro, a 260 km da Capital.

Conta-nos, Marcelo de Alcântara que ainda adolescente veio para São Paulo, fez vários cursos, alguns deles como o curso anexo à Faculdade de Direito de São Paulo, onde foi aprovada com distinção em História do Brasil, História Natural, Física e Química, e plenamente com louvor em História Universal.

Ressalta, ainda, que concluídos os exames preparatórios, dirigiu um requerimento escrito à mão, datado, curiosamente, de 08 de março de 1898, ao Diretor da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco pedindo-lhe que fosse matriculada. Quatro dias depois, o Diretor determinou a matrícula.

Acesso ao Sumário

Tudo isto está em seu Histórico Escolar no prontuário da Faculdade, mas sabe-se aí, que ela havia nascido em 31 de janeiro de 1878. Noticia, entretanto, Marcelo de Alcântara que no registro do diploma consta que ela nasceu um ano depois, em 1879 e estes registros foram apoiados em um assentamento do Vigário de São José do Barreiro que, quando de seu batizado deixou assentado que seria ela filha do Capitão Joaquim José Saraiva e de Dona Leopoldina Maria Saraiva, nascida em 31 de janeiro de 1879.

Durante o curso foi aprovada com distinção em várias matérias e colou grau em 03 de maio de 1902.

Conta o Jornal "O Estado de S. Paulo", de 04 de maio de 1902, que o Acadêmico Luiz Gonzaga Mendes de Almeida, orador da turma, em seu discurso faz a seguinte afirmação: "Há entre nós uma bacharelanda, uma distinta colega, que soube provar que o Direito, esse poder moralmente inviolável, pode perfeitamente ser estudado pela mulher. Se a energia do homem é necessária para manter a aplicação do direito, não menos útil, para determiná-lo, acompanhá-lo, testemunhá-lo, é a delicadeza do coração de uma mulher".

O professor Brasílio Machado, paraninfo da Turma, ao fazer o seu discurso disse que: "No meio de vós, e pela primeira vez nesta Faculdade, vejo uma senhora compartir o prêmio alcançado e trazer o contingente de sua fraqueza, que é uma força, para a obra viril da restauração do Direito. Bem-vinda seja"!

Ao depois, quando seu irmão José Joaquim Saraiva Júnior foi nomeado Juiz Municipal do Rio de Janeiro, Maria Augusta o acompanha.

Volta a São Paulo e matricula-se na Escola Normal "Instituto de Educação Caetano de Campos", onde se diploma em 1918. Retorna ao Rio de Janeiro como Mestre do Instituto de Ciências e Letras, sendo nomeada consultora jurídica do Estado, onde permaneceu até 1947; falecendo em 28 de setembro de 1961 (82 anos).

Hoje, quando a Ordem dos Advogados do Brasil traz a imagem de Maria Augusta plantando o seu busto nesta Casa de Justiça, a história se completa e entre os bustos das heráldicas figuras da Magistratura, do Ministério Público e da Advocacia, aparece pela primeira vez a imagem de uma mulher.

É este o legado que recebemos desta que foi a primeira advogada do Brasil e todos nos inclinamos perante ela.

Cabe destacar que na década de 30, a OAB SP registrava apenas três (3) advogadas inscritas; na década de 40, este número saltou para 29. Na década de 70, foi para 6.735; na de 90, chegou a 33.205 e nos anos 2000 já éramos 58.717.

Hoje, o número de inscrição de novas advogadas supera o total de homens, da mesma forma que vemos aumentar a participação das mulheres nos quadros da Magistratura, Ministério Público e da Defensoria Pública; deixando antever um futuro promissor em todas as carreiras jurídicas.

Acesso ao Sumário

Portanto, Maria Augusta Saraiva é, num período de séculos, a primeira a dizer que a igualdade se faz e se fez desde então.

Aliás, lembro-me, com clareza, da primeira vez que aqui estive, ainda acadêmica, à época da promulgação da Constituição cidadã. Na oportunidade, um de nossos gentis anfitriões com seu costumeiro humor, que o marcava desde os tempos acadêmicos, quando questionado por uma das alunas da turma sobre o papel da mulher na magistratura, respondeu que: o lugar de mulher era na cozinha, como se nos desafiasse a prosseguir. Aquela frase aflorou em nosso íntimo a semente da igualdade.

A mesma semente plantada por Maria Augusta, que levou Esther de Figueiredo Ferraz a ser a primeira ministra da História da República; Ellen Gracie a ser a primeira ministra chefe do Supremo Tribunal Federal; Ivette Senise Ferreira a ser a primeira reitora da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, e Maria Cristina Zucchi a ser a primeira mulher a integrar o Órgão Especial desta Casa.

Já me avizinhando do fim, registro que neste ano conturbado no cenário político nacional com eleições majoritárias, devemos empreender esforços adicionais para aumentarmos a participação da mulher também nas listas partidárias. Afinal, essa é uma trincheira, sob a firme crença de que no amanhã veremos despontar a plena cidadania do gênero feminino.

Temos ciência de que simbolismos são essenciais neste processo de mudança da cultura tão arraigada em nossa sociedade, por isso reafirmamos a importância deste ato solene.

E, assim como Maria Augusta Saraiva, estou segura que as cerca de novecentas (900) Desembargadoras e Magistradas desta Corte; as setecentas e trinta (730) Procuradoras e Promotoras e as (153.532) Advogadas bandeirantes, acompanhar-me-ão em coro para dizer: que, ontem, hoje e sempre, lugar de MULHER será aquele que ela QUISER!

MUITO OBRIGADA!

MARCOS DA COSTA (Presidente da OAB-SP)

Discurso proferido por ocasião da entronização do busto da advogada e educadora Maria Augusta Saraiva (Cerimônia realizada em 24.09.2018).

Boa tarde a todos e a todas. Eu nada teria a acrescentar depois das falas dessas duas grandes oradoras, que retrataram a firmeza da mulher e a dureza

das conquistas seguidas. Podemos imaginar o que representou para a Doutora Saraiva o desafio de cursar uma faculdade onde jamais havia pisado uma mulher.

Eu quero apenas recontar, reafirmar, testemunhar, o momento especial em que, no início da gestão do Presidente Pereira Calças, externarmos duas preocupações. Uma delas, o fato de que no Órgão Especial do nosso Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nunca havia sido eleita uma Desembargadora como membro titular. Na mesma ocasião, a segunda preocupação de que entre os grandes nomes que foram e são homenageados por esta egrégia Corte, um deles inclusive recém-instalado, o busto de Waldir Troncoso Peres, que foi o 'Príncipe dos Advogados', faltava a presença feminina para reconhecer a sua importância na construção da Justiça de São Paulo. Vossa Excelência, Senhor Presidente, respondeu que assim que a proposta fosse apresentada, Vossa Excelência a levaria ao Órgão Especial e lá defenderia a criação do busto.

A vida nos traz momentos marcantes. Eu tive a honra de ser sócio da primeira mulher a presidir o Instituto dos Advogados de São Paulo, Maria Odete Duque Bertasi. Tive a honra de ter ao meu lado, na Diretoria Seccional, a queridíssima Professora Ivette Senise Ferreira, primeira mulher a dirigir a mais tradicional das faculdades de Direito do país, a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. Tive a honra de participar da sessão onde, pela primeira vez, uma mulher participou do Órgão Especial como titular, a querida Desembargadora Maria Cristina Zucchi, que ingressou nesta Corte pela veia democrática do 5º Constitucional, ela que tantas contribuições fez à Advocacia, inclusive como integrante do nosso Tribunal de Ética e Disciplina.

E hoje tenho a honra de participar desta sessão que prezo como histórica, que tem esse simbolismo destacado pelas oradoras, pois ao homenagear a primeira mulher, reconhecendo a sua vida, o que ela representou, são homenageadas na pessoa dela todas as Advogadas, todas as Promotoras e Procuradoras, todas as Magistradas que deram a sua vida à construção desse gigantesco edifício construído que é a Justiça do Estado de São Paulo.

Parabéns às nossas colegas, parabéns à família da homenageada, parabéns à Maria Augusta Saraiva, parabéns a todas as mulheres que deram, continuam dando e certamente darão a sua contribuição pela nossa Justiça paulista.

Acesso ao Sumário

SIDNEY SARAIVA APOCALYPSE (Sobrinho da Homenageada)

Discurso proferido em nome da família, por ocasião da entronização do busto da advogada e educadora Maria Augusta Saraiva (Cerimônia realizada em 24.09.2018).

A família não pensa em falar com a história, com o texto, com os fatos. Para esta família, resta falar com emoção, trazer neste momento o que nos é o motivo de aqui estar, o emotivo de aqui sentir.

Estamos aqui entronizando seu busto no início da estação mais bonita das quatro do ano, da estação única feminina, a primavera, mas, tia, a entronização de seu busto neste Tribunal, um dos maiores do País, não teria sentido algum não fossem essas inúmeras mulheres que seguiram a senda, o caminho, a estrada que você trilhou.

Não estamos aqui apenas a agradecer a homenagem a nossa tia, estamos aqui a reconhecer o valoroso trabalho que todas vocês, seja na Magistratura, seja na Advocacia, privada ou pública, que vieram traduzindo o que de melhor há na ação da mulher na advocacia. Nosso muito obrigado!

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento proferido por ocasião da entronização do busto da advogada e educadora Maria Augusta Saraiva (Cerimônia realizada em 24.09.2018).

Boa tarde a todos.

Quero saudar, em primeiro lugar, a família Saraiva, que aqui em nome da nossa homenageada, a Doutora Maria Augusta Saraiva, recebe as homenagens do povo paulista e do Judiciário paulista.

É sintomático que 120 anos depois da admissão da estudante Maria Augusta Saraiva na sagrada Academia de Direito do Largo do São Francisco nós estejamos todos reunidos, nesta tarde maravilhosa, em que iniciamos a nossa primavera, no Salão do Júri, o mais tradicional salão de júri de nossas Cortes brasileiras. Este mesmo salão onde pontificaram grandes tribunos da Advocacia e do Ministério Público, mas que nos faz recordar a história de vida da Doutora Maria Augusta Saraiva que, a par de ter sido a pioneira a quebrar barreiras e ingressar nas Arcadas de São Francisco, foi também pioneira quando atuou em júri na Comarca da Capital, logrando absolvição de seu constituinte, e ulteriormente na Comarca de Jaboticabal, onde também logrou êxito com sua toga e sua cultura jurídica.

Vejo aqui Magistradas, Advogadas, integrantes do Ministério Público, Professoras, Servidoras e Acadêmicas e fico muito à vontade para encerrar essa

solenidade que se iniciou por feliz iniciativa do Presidente Marcos da Costa e de toda a Diretoria da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo e que foi proposta no início de nossa gestão e imediatamente acolhida, exatamente por ser extremamente significativa e paradigmática, uma homenagem à primeira Advogada paulista formada na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. Isto para nós paulistas, para nós Magistrados, é uma grande honra, na medida em que também tem o condão de diminuir a culpa dessa Corte, que por força de conservadorismo então em vigor, somente foi admitir as primeiras três Juízas em 1980. Quando ingressei na Magistratura, em 76, nenhuma colega fez parte de minha turma. Não por que não servissem, mas porque simplesmente não eram aprovadas. Entre as três primeiras Juízas estava a Doutora Zélia Maria Antunes Alves, a quem eu tive a honra de saudar nos idos dos anos 90 quando foi a primeira mulher a ser promovida, de carreira, para o 2º Tribunal de Alçada Civil. Sintomaticamente pediu que eu a saudasse. Eu era jovem, moderno, como dizíamos, na antiguidade do Alçada, mas ela me deu a honra em falar em nome dos Juízes para saudar a primeira Juíza de carreira que ingressava no Tribunal de Alçada. No mesmo concurso entraram a Doutora Iracema Garcia e a Doutora Berenice Marcondes Cesar. A Doutora Berenice, que continua a atuar, e a Doutora Zélia foram as duas primeiras mulheres, de carreira, a assumir uma cadeira do Tribunal de Justiça, em 2004. Ambas ingressaram no 1º Grau na mesma data e tomaram posse como Desembargadoras na mesma data. Sou amigo pessoal das três e tive a honra de saudar uma delas.

Hoje, por essas coisas da vida, estou aqui para encerrar a solenidade de homenagem a outra mulher valorosa.

Foi descrita pela Doutora Silvia Rocha, também paradigma da Magistrada paulista - e vejo tantas outras aqui, Luciana, Lígia, Camila, e tantas outras que fazem a história da mulher paulista, ou brasileira, no nosso Tribunal. Já foram citadas aqui, e também vou homenagear, mulheres que quebraram tabus, como a Professora Esther de Figueiredo Ferraz, de quem também tive a honra de ser amigo, que foi a primeira Professora titular das Arcadas, a primeira Reitora da América Latina e tantas outras primeiras. Ministra Ellen Gracie, a primeira Ministra da Suprema Corte e a primeira Presidente do Supremo Tribunal Federal. São nomes que têm que ser lembrados.

A história contada por nossas oradoras calam fundo na alma daqueles que amam a Justiça paulista. Quantas barreiras a Doutora Maria Augusta teve que quebrar. Eu imagino, pois, ainda hoje, nossas colegas se queixam, e muito frequentemente, como Presidente, sou chamado a resolver problemas gravíssimos envolvendo desrespeito às mulheres, Juízas, Advogadas e integrantes do Ministério Público. Já ouvi dizer: “Juíza eu não aceito” e se retirar da sala de audiência, ou “de Juíza mulher eu não aceito o julgamento”, e outras tantas. Poderia ficar horas contando fatos que tive conhecimento nestes

Acesso ao Sumário

42 anos, quase 43, de Magistratura.

O Doutor Marcos da Costa e o Doutor Saraiva, cada um a seu modo, escreveram e homenagearam, com garbo e elegância, a história dessa mulher que quebrou fronteiras, tabus e barreiras. Depois de acompanhar o irmão, nosso colega no Rio de Janeiro, volta para São Paulo e quer dar aula, mas não pode fazê-lo porque não tem formação em Pedagogia. Sem problemas... Inscreve-se no Caetano de Campos, é aprovada e vai ser Professora. Quando li a história da Maria Augusta pensei, como se diz na roça, "é uma aroeira". Para quem é muito urbano explico que é a melhor madeira, a mais forte, é a madeira de ferro. A têmpera de uma mulher forjada na bigorna da vida, fazendo com que as vicissitudes se tornassem elemento catalisador para que pudesse cada vez mais caminhar rumo a seus ideais. É a história singela que decorre da oratória dos que me precederam.

Não poderia deixar de repetir, ainda mais sendo uma Maria: sou neto de uma Maria Augusta, filho da Professora Maria Abadia Leal de Queiroz e casado com Maria Amélia. Outro dia, quando lecionava no Largo de São Francisco para meus alunos do 3º ano noturno e falava sobre sociedade em cônjuges, dizia que o artigo 977 do atual Código Civil proíbe sociedade entre marido e mulher se casados no regime da comunhão universal de bens ou de separação obrigatória. Acabei, coisa de Professor, entrando nos motivos pelos quais as mulheres não poderiam ser sócias dos seus maridos. Fui na literatura francesa e lá encontrei o maior civilista francês, que disse: "claro que não pode, elas podem se achar iguais. Como que pode uma mulher ser sócia de seu marido?" Olha só! Para provocar realmente reflexões nos alunos. Depois disse que na minha tese de doutorado mencionei que aquele artigo era um retrocesso na legislação positiva brasileira, já que proibia o marido e a mulher de serem sócios na sociedade empresária, um absurdo. Falando sobre isso, refleti sobre minha mãe e sobre algo que nunca havia pensado (e olhe que já são quase 45 anos de Magistério): minha mãe, formada em Filosofia, formada em Pedagogia, Professora concursada, quando se casou com meu pai, em 9 de julho de 49, passou a ser relativamente incapaz porque assim determinava o Código Civil. Imaginei a minha mãe, Professora, Universitária, formada em Filosofia, Ciências, Letras e Pedagogia, ter o meu pai como assistente dela. Nunca havia pensado nisso. Só pensei quando fui explicar o Estatuto da Mulher Casada, a lei 4.121/62, que retirou da mulher casada a situação legal de relativamente incapaz, quando antes era equiparada aos silvícolas, aos surdosmudos não educados, aos menores de 16 anos, aos pródigos e por aí afora. Falei, "puxa vida, minha mãe só pôde ser capaz depois da lei 4.121, de 1962, quando eu já tinha 12 anos". Apenas para mostrar que esta luta continua.

Barreiras foram rompidas, mas há ainda há barreiras a serem superadas. Por isso, queria dizer, e desculpem ter me alongado, precisamos refletir sobre

Acesso ao Sumário

o significado dessa cerimônia: um século e mais 20 anos depois, estamos homenageando a primeira Advogada do nosso Estado.

Por isso estou contando que sou de uma Professora, com nível universitário, que era relativamente incapaz. Saiu da tutela paterna do meu avô, Doutor José Queiroz, da turma de 23 da Poli, para a tutela do meu pai, e só depois de 62 que passa a ser capaz. É uma coisa que aconteceu outro dia. Vejam como a evolução tem que continuar. Há muito o que fazer. Muitas Marias Augustas Saraivas ainda terão que continuar lutando para que a perfeita isonomia seja efetivamente concretizada e que a Carta da República seja obedecida.

Antes de encerrar, faço uma saudação póstuma para homenagear o ex-presidente desta Corte, Desembargador Celso Luiz Limongi, que nos deixou. Até semana passada fazia sustentação oral aqui nas salas deste Palácio. Um grande Magistrado, um grande Professor de Direito, que neste momento recebe as homenagens de todos nós Juízes e Advogados.

Também quero cumprimentar a família da ilustre Advogada Maria Augusta Saraiva, cumprimentar a Ordem pela feliz iniciativa, e os componentes do Órgão Especial, que apoiaram a homenagem. Justiça foi feita neste sagrado Salão do Júri da Comarca da Capital. Muito obrigado!

LÍVIA ANTUNES CAETANO (Juíza de Direito)

Discurso proferido em nome dos empossandos na Solenidade de Posse dos aprovados no 187º Concurso de Ingresso na Magistratura (Cerimônia realizada em 02.10.2018).

Acesso ao Sumário

Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador Manoel De Queiroz Pereira Calças, em nome de quem, honrosamente, cumprimento a todos os integrantes da mesa, as demais autoridades presentes e aos servidores; cumprimento, igualmente, aos familiares e aos amigos; e saúdo os novos colegas juízes substitutos.

É com imensa alegria que, neste momento, que para mim é tão especial por uma série de incontáveis razões, realizei o meu sonho que habitou o meu coração desde os meus primeiros meses no curso de Direito, quando me encantei com as lições de um grande magistrado deste Tribunal de Justiça, Excelentíssimo Doutor Heitor Luiz Ferreira do Amparo, de quem terei a honra de ser colega como Juíza Substituta na Comarca de Araraquara, e, depois, ao iniciar com afinco os estudos para a Magistratura estadual, quando, por meio de

uma amiga em comum, chegou a mim a notícia de que uma mulher niteroiense, de nome Ana Rita de Figueiredo Nery, havia sido aprovada no concurso para a Magistratura Bandeirante em 1º lugar na classificação geral. Por um instante pensei em como era grande aquele feito e como ela me enchia de orgulho, mesmo sem que eu a conhecesse pessoalmente, tão somente por ter conseguido algo que eu almejava tanto e que sequer sabia que ainda se um dia seria capaz de alcançar... Pensava em como seria maravilhoso um dia conseguir apenas e tão somente a aprovação na Magistratura do Estado de São Paulo, um dos concursos mais difíceis do País. Nunca poderia eu imaginar que hoje viveria a mesma emoção que a Excelentíssima Juíza de Direito Ana Rita Nery viveu no ano de 2010. Por isso, agora, com grande satisfação, faço da minha voz também a voz dos 79 colegas e amigos empossados. Poderia dizer palavras rebuscadas, mas optei pela simplicidade.

Dou início a este breve discurso de posse com uma indagação aos colegas Juízes Substitutos que, hoje, junto a mim, tomam posse. Por quantas vezes nós não imaginamos essa cena se desenvolvendo? Por quantas tantas outras vezes não sonhamos e sonhamos e representamos exatamente este cenário?

Para que tudo pudesse acontecer, nós escolhemos a Magistratura. Muitas vezes, caímos, mas, logo em seguida nos reerguemos, resistimos, ousamos e, finalmente, vencemos. E fatalmente, teria que ser assim, com muita luta, muito esforço, muita espera e, principalmente, com muitas renúncias, pois não há vitória sem luta. Para a grande maioria de nós, o trilhar deste caminho não foi tarefa simples. Quantas não foram as derrotas em outros certames, tantos foram os momentos de desânimo e angústia, tantas foram as lágrimas que rolaram em nossas faces, acompanhadas de incerteza sobre o que o destino nos reservaria.

Dia após dia, noite após noite, necessário se fazia um enorme exercício de persistência e de renúncia. Era preciso nos redescobrir, nos reencontrarmos, corrigirmos os nossos defeitos para que, então, pudéssemos voltar à luta. Mas a resiliência e a persistência se fizeram mais fortes e nos possibilitaram fazer com que cada percalço se tornasse força motriz para chegarmos até aqui e pudéssemos, hoje, viver este momento espetacular, tantas vezes idealizado por nós, e mais, junto ao maior Tribunal de Justiça do País, pois o nosso sonho agora se fez realidade.

Seguimos os nossos corações e honramos os nossos propósitos, mas nunca estivemos sozinhos.

Primeiramente, agradecemos a Deus, que nos presenteou com saúde e com a perseverança necessárias para prosseguirmos na árdua luta dos estudos para concurso público por anos.

Aderiram também ao nosso sonho com a toga, os familiares, cônjuges, companheiros, namorados e amigos, alguns desses hoje aqui presentes tão

Acesso ao Sumário

somente em nossos corações, mas de certo, celebrando essa vitória conosco de um plano especial.

Junto às nossas famílias, quantas foram as nossas ausências, quantas foram as lamúrias, mas também quantas foram as comemorações ao avançarmos a cada fase do concurso, que se iniciou com mais de 20 mil inscritos – e 17.771 candidatos presentes na prova objetiva – até que restassem apenas os 80 candidatos hoje aqui presentes, embora os nossos entes queridos e amigos, desde a realização das nossas inscrições já tivessem a certeza de que estaríamos aprovados neste árduo Concurso de Ingresso à Magistratura.

Vocês são protagonistas nesse dia, pois são verdadeiros pilares dessa conquista. Essa toga que a partir de hoje envergaremos com orgulho, é tão nossa quanto de nossas famílias. Isso porque a Magistratura a nós não seria possível, não fosse a existência de renúncias realizadas pelos senhores.

Pessoalmente, presenciei os meus pais abrindo mão de qualquer projeto pessoal e de qualquer outro sonho próprio para, durante muitos anos, viverem exclusiva e intensamente o meu sonho, como se deles fosse. E hoje, o nosso sonho, nos exatos moldes que sonhado inicialmente, se torna realidade. As renúncias que levei a cabo pouco representam perto da grandiosidade das renúncias que os senhores tiveram que realizar, de modo que qualquer discurso inevitavelmente seria ínfimo frente a importância que vocês possuem em nossas vidas.

Vocês sempre acreditaram que tudo daria certo ao final, mesmo quando nós mesmos já não acreditávamos tanto. Vocês foram os pilares e exemplos para nós, sem os quais teria sido bem mais difícil chegarmos até aqui.

Assim, em nome dos meus familiares Inácio, Maria Cristina, Tamires, Letícia e Alex, consigno o mais sincero agradecimento a todos os familiares e amigos.

Aos amigos que deram apoio, confortaram o meu coração ao longo desta caminhada e hoje celebram conosco, obrigada pela compreensão e pela parceria. E há também as amizades especiais que surgiram ao longo do concurso com aqueles que ainda não chegaram a este momento, mas deixaram evidente que possuem vocação e obstinação necessárias para tanto. Acreditem em vocês. Mantenham o sonho vivo. Se nós, ao toparmos com as pedras surgidas no caminho, tivéssemos desistido, hoje não estaríamos aqui, como sei que amanhã vocês igualmente estarão.

Por fim, não menos importante, registro o nosso agradecimento eterno aos diletos servidores desta casa, com especial relevo aos integrantes da comissão de concurso, que são a linha de frente no exercício de nosso ofício e nos socorreram nos momentos de aflição e dúvida ao longo concurso, aos quais presto as nossas homenagens na pessoa do Doutor Marcello Cajado, e,

Acesso ao Sumário

especialmente, a ilustre Branca Examinadora do 187º Concurso de Ingresso na Magistratura Bandeirante, presidida pelo Desembargador Antonio de Almeida Sampaio, e composta pelos titulares Desembargadores Carlos Vico Mañas, Paulo Magalhães da Costa Coelho, Carlos Henrique Miguel Trevisan e Doutor Fernando Campos Scaff, representante da Ordem os Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, bem como pelos membros suplentes, respectivamente, os Desembargadores Enio Santarelli Zuliani, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha Filho, Renato Delbianco, Márcio Martins Bonilha Filho e o Doutor Flávio Luiz Yarshell, os quais, ao longo do certame de trâmite diferenciado, seja pelos números exponenciais, seja pela transparência extrema, permitiram que nós conhecêssemos os seres humanos maravilhosos que são, não só através de suas produções acadêmicas, de seus votos ou acórdãos, estudados com afinco para as diversas fases do concurso, mas, principalmente, por meio de suas atitudes, que se revelaram verdadeiras lições para todos nós.

Aos nobres examinadores, agora colegas, muitíssimo obrigada. Eu que já atuava como Juíza Substituta do Tribunal de Justiça do Paraná, por quase 2 anos, quando dei ouvidos ao meu coração e me inscrevi neste certame, finalizo este breve discurso com uma mensagem singela para os novos colegas Juízes Substitutos. O Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, ao tratar sobre como deve ser a postura do Juiz contemporâneo em busca da Justiça, asseverou que "como recordações de um passado que se distancia, como a figura do Juiz inanimado, insensível aos fatos que o rodeiam, imagem que a própria realidade repudiou, uma vez que como proclamava o filósofo, os homens recorrem aos Juízes como um direito vivo, uma justiça animada. Ao julgar, terá que ser Juiz. E apenas Juiz. Para ele, no silêncio do seu escritório, ou no burburinho do foro, não há decisões históricas, que o façam desviar-se dos seus princípios e dos seus critérios de julgamento. Jurista do seu tempo, no entanto, deve viver com sua época, se não quiser que esta viva sem ele... Não deve curvar-se às doutrinas de conveniência ou à jurisprudência subserviente, mas revestir-se da coragem de preferir ser justo, parecendo injusto, do que injusto para que salvas as aparências, mesmo que tenha que divergir do entendimento predominante".

Os tempos atuais deixam evidente que o mundo precisa urgentemente de gente que ama o que faz, nobres colegas. Precisa de sonhos vivos, de ilusões brilhantes e de vontade infinita, características que nos trouxeram até aqui. Precisa, também, de esperança radiante, de amor pulsante e de honestidade e retidão contínuas. O mundo, em especial o Poder Judiciário Nacional, necessita de gente que tenha nos olhos o brilho que somente o prazer de se dedicar ao outro, em um eterno exercício de empatia, é capaz de gerar e, cito, aqui, o escritor norte-americano Ernest Hemingway, que nos ensinou, com propriedade, que "o segredo da sabedoria, do poder e do conhecimento é a humildade". Enverguemos a toga com humildade, com sabedoria, com prudência.

Acesso ao Sumário

Encerro Presidente, Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, agradecendo a Vossa Excelência pela oportunidade ímpar que hoje nos dá, a de compor os quadros da honrada e respeitada Magistratura Bandeirante, que Vossa Excelência tem brilhantemente representado há mais de 40 anos e liderado atualmente. Jamais poderia deixar de agradecer a Vossa Excelência, que tem trabalhado incansavelmente para que, mesmo em tempos de crise, esteja, o Poder Judiciário, apto a entregar ao seu jurisdicionado um serviço de excelência. Obrigado por nos permitir fazer parte deste berço de notáveis e de incansáveis juristas que muito já contribuíram e continuam contribuindo à Vossa Excelência para a formação de um Poder Judiciário probo, honrado e respeitado. Asseguro à Vossa Excelência, em meu nome e de meus colegas, que este Tribunal se orgulhará destes Juízes que hoje estão sendo empossados e garanto que cuidaremos muito bem do maior bem que um Juiz detém, o jurisdicionado. Afinal, como leciona o Desembargador José Renato Nalini, membro deste Egrégio Tribunal, "a sociedade precisa confiar em seus Juízes".

Que Deus nos abençoe e nos proteja. Obrigada.

FERNANDO CAMPOS SCAFF (Advogado)

Discurso proferido em nome da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB/SP na Solenidade de Posse dos aprovados no 187º Concurso de Ingresso na Magistratura (Cerimônia realizada em 02.10.2018).

Boa tarde a todos,

Excelentíssimos senhores Desembargadores,

É um privilégio estar aqui, um privilégio participar desta cerimônia.

A primeira palavra dedico aos candidatos já empossados, aos novos Juízes e não faço só na qualidade de Advogado. Antes disso, na qualidade de cidadão, depois disso, na qualidade de alguém que, de alguma forma, atua no Direito.

É um momento muito importante. É, na verdade, um momento único, não só para os senhores e as senhoras, mas para todos nós. O que falar no tempo que me foi destinado? Vou falar poucas coisas, mas que me parecem importantes.

A primeira delas não é um conselho; talvez, no máximo, uma sugestão, mas seguramente é uma expectativa. Cada um dos senhores e das senhoras passou a deter agora o poder e uma autoridade muito grandes. As vidas de várias pessoas estarão sujeitas às determinações que vão ser proferidas durante esse período de exercício da Magistratura.

Acesso ao Sumário

A primeira expectativa/sugestão é muito simples: sigam a lei. A lei não dará, seguramente, todas as respostas, mas dará boas respostas, muitas respostas, que os ajudarão a chegar à Justiça. Não é só a lei, existe algo que vai ser complementado com o tirocínio, com a capacidade, a inteligência e com a humanidade de cada um dos senhores e das senhoras. Mas a lei será, seguramente, um reforço, um respaldo muito importante. Então, é simples e é direto: sigam a lei. A lei pode ser que não seja boa, pode ser que não diga exatamente aquilo que cada um dos senhores e das senhoras pretendesse entender naquele caso, mas, também, leva cada um de nós, também o Advogado, ao sentido de humildade, de respeito e de respeito institucional. Essa seria minha primeira expectativa e sugestão.

A segunda é a seguinte: vocês são agora servidores públicos. Sirvam ao público. Esse serviço público é da mais alta relevância, cada um dos senhores e das senhoras está agora na centralidade da interpretação do Direito. Mais do que qualquer outro, são os verdadeiros intérpretes, que pegarão o Direito e as suas fontes e aplicarão para problemas práticos de cada um. Esse público ele é mais do que o Advogado. Pode ser, e é bem provável que aconteça, que o Advogado não os agrade, que o Advogado não seja a pessoa que cada um dos senhores e das senhoras chamaria para um café informal ou amistoso, mas vejam além do Advogado, vejam que atrás de cada um há um interesse. A despeito de que cada um dos senhores estará sobrecarregado de trabalho, aquilo será, na verdade, um ofício de vida para cada uma daquelas pessoas. Então, sirvam ao público com a dignidade e a autoridade que terão, com altivez, com respeito ao público, com respeito à própria dignidade da altíssima função que exercerão, mas sabendo que são acima de tudo servidores públicos e deverão respeitar sobretudo a lei.

Meu terceiro comentário é, na verdade, um elogio ao Tribunal de Justiça de São Paulo. Vejo isso na qualidade de Advogado, digo com toda sinceridade que me é possível – não existe Tribunal melhor no País. Muito do Direito, do Direito da melhor qualidade, vem desse Tribunal, vem pela sua instituição, vem pela sua tradição, mas, sobretudo, vem por Advogados e Juízes que são destinados à função, elevam a profissão e compreendem a função que exercem na sociedade paulista e na sociedade brasileira. Digo isso porque é a segunda oportunidade que tive de participar dos concursos da Magistratura e é um privilégio que levarei até o último dos meus dias. Cada um dos Juízes deve ser respeitado pela sua autoridade, pela sua qualidade pessoal. Isso para o Advogado é uma lição de vida. É uma segurança pessoal de que, ainda que discorde de uma decisão, ela é feita por pessoas que querem sempre acertar. E digo isso porque, como partícipe das comissões – tenho bem clara a minha posição de coadjuvante dessas comissões – quero dizer que não trocaria, a despeito de todo o cansaço, de todo o ajuste de horários, de organização de vida que deve ser feito, eu não abriria mão de nenhum dia da minha participação aqui no Tribunal. Digo isso

Acesso ao Sumário

com enorme respeito, com sentido enorme de gratidão, porque além de ter a oportunidade de conhecer o Tribunal e a seriedade dos seus componentes, tive o privilégio de, além de conhecer pessoas da mais alta respeitabilidade, aqui fazer amigos. Já tinha feito amigos na minha primeira participação, com Sua Excelência Desembargador Manoel, Desembargador Geraldo e Desembargador Villen. E agora novos amigos: Desembargadores Sampaio, Paulo Magalhães, Carlos Trevisan, Vico Manãs. É um privilégio!

Só posso desejar a cada um dos senhores e das senhoras a melhor sorte e uma nova vida de muitas realizações.

Muito obrigado!

ANTONIO DE ALMEIDA SAMPAIO (Desembargador)

Discurso proferido, como Presidente da Banca Examinadora, na Solenidade de Posse dos aprovados no 187º Concurso de Ingresso na Magistratura (Cerimônia realizada em 02.10.2018).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, ilustre Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Excelentíssimo Senhor Desembargador Artur Marques da Silva Filho, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Excelentíssimo Senhor Desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco, Corregedor-Geral da Justiça.

Excelentíssimos Senhores Desembargadores e demais autoridades.

Senhoras e Senhores.

Senhoras e Senhores Juízes Substitutos que nesta data tomam posse.

Acesso ao Sumário

Mais uma vez, esta Corte festeja o ingresso de novos Magistrados que, após um longo e difícil concurso, obtiveram sucesso.

Este concurso, Senhor Presidente, foi marcado por circunstâncias especiais. Foi o primeiro a ultrapassar a casa dos 20 mil inscritos. Foi o primeiro a aplicar a lei de cotas que, por sinal, atingiu plenamente seus objetivos. Foram corrigidas mais de mil provas escritas, impondo aos membros da Comissão de Concurso imenso esforço. Por isso, nesta oportunidade, ressalto que muito do sucesso deve-se unicamente ao imenso e incansável empenho e dedicação dos Desembargadores e dos ilustres Advogados componentes da Comissão.

De outro modo, reafirmo meu especial agradecimento a todos os

funcionários pelo constante apoio, sem o qual não estaríamos hoje comemorando o sucesso da empreitada.

Senhor Presidente, esta solenidade, que se repete há muito tempo, nem por isso perde sua grandeza e importância, visto que o Tribunal de Justiça renova-se com o ingresso de Magistrados que, no futuro, terão o ônus de dirigir esta Corte.

Contudo, considerando a gravidade do momento que estamos atravessando, em que as paixões tomam lugar da cautela e da ponderação, é lícito indagar o quê a sociedade civil espera da Magistratura nesta quadra.

Creio haver esperança no sentido de o Poder Judiciário ser responsável pela preservação da ordem jurídica indispensável para a vida em sociedade. Lembro citação de Roger Scruton ao ressaltar que "as boas coisas que nos chegam como bens coletivos, paz, liberdade, lei civilidade, espírito público, a segurança da propriedade e da vida familiar devem ser tidos como valores que as pessoas reconhecem como essenciais para a vida, constituindo, por isso, herdeiros coletivos de coisas excelentes e raras. E a vida política para nós deveria ter como objetivo primordial trazê-las bem firmes, no intuito de transmiti-las aos nossos filhos".

Esta é a base do sistema jurídico. É a expressão de valores que as pessoas creem indispensáveis para o convívio. As senhoras Juízas e os senhores Juízes, nesta data, prestam juramento de cumprir o sistema legal.

Este juramento não é uma simples formalidade. Trata-se de adesão feita por vontade própria para preservar a herança que recebemos dos que antecederam e estabeleceram tais valores como fundamentos da nação.

Nós Juízes possuímos inúmeros poderes, todos oriundos da lei e a ela devemos obediência. Como afirmou o Desembargador Edgard de Moura Bittencourt "está o Juiz também subordinado ás restrições que lhe são impostas pela natural reserva de sua missão".

Não pode o Magistrado, no seu trabalho, substituir a lei, como alude o Ministro Eros Grau, "partindo da pressuposição de que a Constituição de 1988 consagre um Estado Democrático constituído mediante manipulação de princípios e valores, fazendo tábula rasa das regras de Direito positivo". De fato, a sociedade crê e espera do Poder Judiciário, soluções para os seus problemas diários fundamentadas na estrutura legal e nos inúmeros antecedentes.

Não deve o Magistrado a qualquer título alterar as regras já conhecidas e consagradas, sob o argumento de uma ponderação de valores que, ao seu exclusivo juízo, seriam úteis para o caso.

Obviamente não se prega ser o Juiz a "boca da lei". Há necessidade de interpretação do texto legal, contudo, ela não pode conduzir a conclusão totalmente afastada dos princípios que a Constituição do Brasil impõe.

Reafirmo ser a adesão de todos os Juízes à preservação da ordem jurídica

fruto de vontade própria. Ninguém é obrigado a submeter-se às restrições que a Magistratura impõe.

O Desembargador Acácio Rebouças, antigo Presidente desta Corte, em discurso de posse de novos Juízes afirmou "daí, por que, assumindo o público compromisso de sustentar a ordem jurídica, fazem-se os senhores, a partir de agora, bastiões dos princípios em que ela se assenta. Nisso não há liberdade de opção. Os senhores engajaram-se voluntariamente num corpo que tem sua bandeira, que tem seus compromissos, os comandos, o seu roteiro. Eram livres de recusá-lo, são livres de deixa-lo, mas, enquanto permanecerem, não terão a liberdade de contestá-lo".

De fato, o que se espera de todo Juiz, do mais antigo ao mais novo, é que ele aja com prudência, com correção, com educação, respeitando a todos e proferindo suas decisões após meditar sobre o alinho do seu juízo com o juramento feito e das invitáveis consequências daquele ato.

Portanto, senhoras Juízas e senhores Juízes, no exercício da judicatura, preservem o bom Direito. Não se deixem iludir pelo canto suave de afirmações enganadoras que, ao fim, conduzem ao descrédito do Poder Judiciário.

Respeitem as tradições centenárias desta Casa, realizem trabalho sério e engrandeçam o Poder Judiciário.

Senhor Presidente, agradeço ao Presidente Paulo Dimas pela minha indicação e a Vossa Excelência pelo apoio obtido para enfrentar todos os problemas de um concurso com a complexidade natural, devido à imensa responsabilidade de escolher novos Magistrados.

Ficar-lhe-ei sempre grato.

Finalmente, aos novos Juízes, desejo sucesso e boas-vindas.

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento proferido na Solenidade de Posse dos aprovados no 187º Concurso de Ingresso na Magistratura (Cerimônia realizada em 02.10.2018).

Meritíssimos Senhores Juízes Substitutos

Nesta tarde paulistana, neste belo e austero cenário, o Salão dos Passos perdidos, no coração do Palácio da Justiça do Estado de São Paulo, sacrário do Judiciário bandeirante, vós, componentes do último Concurso de Ingresso

na Magistratura paulista, acabais de ser empossados, bem como de assumir perante seleto auditório, o compromisso de cumprir com retidão, amor à Justiça, fidelidade às leis e às Instituições vigentes, os deveres do cargo de Juízes Substitutos.

Em rigor, a assunção do compromisso de Magistrados Substitutos deveria ocorrer na Sala da Presidência da Corte, em franciscana simplicidade, como devem ocorrer os atos inerentes ao Poder Judiciário. No entanto, considerando-se a natural participação dos familiares e amigos dos novos Magistrados, já há algum tempo esta tradicional cerimônia tem ocorrido neste Salão dos Passos Perdidos.

Cumpre-me, em primeiro lugar, agradecer, em nome do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo aos Excelentíssimos Desembargadores que compuseram a Banca Examinadora do 187º Concurso de Ingresso na Magistratura paulista, os Doutores Antonio de Almeida Sampaio, Carlos Vico Mañas, Paulo Magalhães da Costa Coelho, Carlos Miguel Trevisan e Fernando Campos Scaff. Agradeço aos eminentes Desembargadores suplentes, Doutores Enio Santarelli Zuliani, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha, Renato Delbianco, Márcio Martins Bonilha e Flávio Luiz Yarshell. Compor a banca encarregada de selecionar novos Juízes para o Tribunal de Justiça de São Paulo é missão, ao mesmo tempo honrosa e de graves responsabilidades, na medida em que se exige dos examinadores, o manejo de suas reconhecidas inteligências, de larga experiência acumulada, a par das qualidades que devem exornar a personalidade dos Juízes paulistas: conduta irrepreensível, dedicação ao trabalho, retidão ética, honorabilidade, conduta e postura paradigmática. Podemos qualifica-los de varões valorosos que atuando em uma época difícil, como relatado no livro de Juízes da Bíblia, foram escolhidos por sua força, para executar missão inçada de dificuldades. A missão dada aos componentes da Banca de Concurso de Ingresso na Magistratura exige de seus componentes a crença em nossa Instituição, a coragem moral de saber eleger entre os muitos que se apresentaram, quais devem ser os escolhidos para, nas próximas décadas, exercerem a sagrada tarefa de distribuir justiça na terra de Piratininga. Muito obrigado. No nome do senhor Marcello Cajado agradeço aos servidores desta Corte.

Aos novos Juízes Substitutos digo-vos que sereis recebidos nesta Corte de Justiça de tantas histórias, de braços abertos, para serdes ungidos cavaleiros encarregados de participar da heroica missão de dar a cada um o que é seu, armando-vos com os poderes constitucionais que vos permitirão exercer a função jurisdicional, garantia maior de nossa Carta Constitucional, exatamente na semana em que são comemorados os trinta anos de vigência de nossa Constituição Cidadã. Ao receberdes os poderes constitucionais que vos permitirá aplicar o direito aos casos concretos que vos serão apresentados, em

Acesso ao Sumário

contrapartida, assumireis uma série de deveres para com todos os jurisdicionados que baterem à porta da Casa da Justiça. Fostes selecionados em um dos mais difíceis concursos de provas e títulos do País, tendo logrado aprovação por força de vossos méritos, de vossa inteligência e cultura, mas, principalmente, porque demonstrastes retidão de caráter, culto à ética, equilíbrio emocional, amor ao trabalho, respeito à família, espírito de cidadania e civilidade, amor à Pátria, respeito incondicional à dignidade da pessoa humana e senso de justiça.

Vós ao serdes empossados no cargo de Juiz Substituto do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ides compor uma legião heroica de mais de 2.600 Magistrados detentores de parcela da soberania nacional com poderes jurisdicionais, mercê do que, concito-vos a que vos consagreis, de corpo e alma, à sagrada tarefa de distribuir justiça, advertindo-vos de que a maior crítica que os jurisdicionados podem endereçar aos Juízes é a sua morosidade. Vos ireis velar pela vida, honra, liberdade e patrimônio dos cidadãos, razão pela qual, jamais sejam juízes tardinheiros, morosos, atrasados. Tereis que trabalhar e estudar durante toda a carreira que escolhestes para que o juramento hoje sacramentado seja, efetivamente, cumprido. Neste momento, vem a calhar a mais repetida ensinança do maior tribuno brasileiro, Ruy Barbosa, em sua Oração aos Moços, quando se dirigindo aos formandos das Arcadas de São Francisco, proclamou: "Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta". Não vos esqueçais de que uma das mais caras virtudes dos Juízes é a imparcialidade: para o Juiz a imparcialidade não é qualidade, mas obrigação legal. Juiz imparcial é o que não distingue os poderosos dos fracos, os ricos dos menos afortunados, os cultos dos iletrados. Não tendes o poder de defender o Estado contra o cidadão, nem o fisco contra o contribuinte, pois a isonomia garantida pela Constituição Federal exige que trateis a todos igualmente.

É importante consignar a clássica lição de Aristóteles, que proclama o dever de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade, ensino repetido entre nós por Ruy Barbosa, ao assentar que a "regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam".

Uma última advertência, a Constituição Federal ao estabelecer no artigo 95 as prerrogativas da Magistratura: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, preconiza também as vedações impostas aos Juízes, sendo importante destacar que é proibido o exercício de outro cargo ou função, salvo o magistério, além de ser vedado dedicar-se à atividade político-partidária.

Parabéns aos aprovados. Parabéns pela promessa feita pela voz de sua representante, Juíza Lívia Antunes Caetano, no sentido de que sua atividade no Judiciário implicará orgulho de todos os Magistrados paulistas.

Encerrando, quero agradecer a presença de todos os presentes, eminentes Desembargadores e Magistrados, Membros do Ministério Público e Advogados, Defensores Públicos, Servidores do Poder Judiciário e, especialmente, os pais, esposos e esposas, namorados e namoradas, filhos e demais familiares dos empossandos.

ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO (Vice-Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da inauguração da imagem do desembargador Ademir de Carvalho Benedito na galeria de retratos da Vice-Presidência (Cerimônia realizada em 09.10.2018).

Excelentíssimo Senhor Dr. Manoel de Queiróz Pereira Calças, DD Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na pessoa de quem peço licença para saudar as autoridades presentes e representadas, os eminentes Desembargadores e Juízes, membros do Ministério Público, Procuradores do Estado, Defensores Públicos, Advogados, Servidores e, em especial, os familiares e amigos do Desembargador Ademir de Carvalho Benedito.

Senhoras e senhores que prestigiam esta cerimônia.

Sempre que passo pelos corredores desta nossa casa e olho para estes painéis, lembro-me muitas vezes daqueles que conheci e das suas trajetórias tão bem decantadas pelos oradores que me antecederam.

Mais que uma representação simbólica, o retrato é uma forma de homenagem, de reconhecimento pelos serviços prestados. A fotografia, tal como a pintura antes dela, possui o condão de trazer lembranças e se presta a nos relembrar daquilo que nossa memória, imperfeita, por vezes se atrapalha em manter fixado em nossas mentes.

Tal a importância da fotografia para nossa sociedade que após a sua invenção pelo pintor Daguerre, em 1835, o Estado Francês adquiriu os direitos sobre sua patente e, em 1839, o governo daquele país presenteou a tecnologia a toda a humanidade. Não deixa de ser, a fotografia, uma história que prescinde de palavras para ser contada. E eis a sua relevância na tradição da historiografia.

Neste Tribunal de Justiça, honramos a tradição de prestar homenagem aos que o serviram na condição de ocupantes dos cargos de direção e de cúpula.

A tradição é alicerçada na assunção da responsabilidade e do sentido de dever, de preservação e de transmissão dos legados virtuosos.

Acesso ao Sumário

É, pois, com tal elevado propósito que hoje nos reunimos para celebrar o insigne desembargador ADEMIR DE CARVALHO BENEDITO, digníssimo Vice-Presidente desta casa no biênio 2016-2017.

O cargo de Vice-Presidente foi criado em 1927, e, em 1928, portanto há exatos 90 anos, Elyseu Guilherme Christiano tomou posse como o primeiro Vice-Presidente do Tribunal Paulista. Assim, para honrar uma tradição, nada melhor do que um marco temporal histórico.

E inúmeras são as razões que emprestam especial importância a este evento na vida do Tribunal de Justiça, sendo necessário se reconhecer que atravessamos um dos mais graves momentos da história de nosso país. Há poucas semanas vimos arder o Museu Nacional no Rio de Janeiro, e, no incêndio que o consumiu, findou-se em cinzas uma importante parte do nosso passado.

Nada obstante, assistimos ao desprezo que se amplifica contra nossas instituições políticas, tão arduamente construídas ao longo de décadas, em especial depois da Carta de 1988. E somos testemunha, ainda, de que o nosso sistema constitucional está sendo forçado e testado até os últimos limites de sua resistência.

É em meio a tudo isso que o Tribunal de São Paulo vem mostrar que continua fiel à missão civilizatória da Justiça e do Direito. Com efeito, fazem parte de tal missão manter viva a memória e lutar pela permanência das boas tradições. A vida do homem é um permanente aprendizado, que se efetiva em boa parte por meio da transmissão do conhecimento.

Portanto, ao homenagear o ilustre desembargador ADEMIR DE CARVALHO BENEDITO, este Tribunal de Justiça contribui não apenas para que nossas instituições sobrevivam, mas também para que frutifiquem, baseadas nos excelentes exemplos que o Tribunal pode recolher ao longo de sua trajetória mais que centenária.

Não é somente a nossa história que vem sendo diminuída, vilipendiada, desprezada ou mesmo atacada. Também está sob ataque um valor ainda mais fundamental. Eu me refiro ao valor da concórdia, ao valor da paz social e política. Diz a Sagrada Escritura, com razão, que a paz é obra da justiça: *opus justitiae pax* (Is 32:17). Onde falta a justiça, falta o equilíbrio e, portanto, faltam a paz e a concórdia. Infelizmente, percebemos isso no quotidiano. Não por obra de nosso povo, que é naturalmente cordial, mas sim pelas mãos de alguns que, percebendo nas divergências e nas diversidades um fértil terreno para a sobrevivência política, utilizam-se até mesmo do Poder Judiciário para alcançar suas finalidades pouco democráticas.

Acesso ao Sumário

Ora, a conduta de vida do ilustre desembargador ADEMIR DE CARVALHO BENEDITO indica claramente um dos caminhos que devemos tomar, se quisermos recuperar a paz política. É o caminho da virtude da justiça,

efetivamente praticada. Esse caminho vem sendo trilhado pelo desembargador ADEMIR DE CARVALHO BENEDITO. Isso vimos quando Sua Excelência ocupou a Vice-Presidência deste Tribunal: ao dirigir os trabalhos da Câmara Especial, ao conduzir os processos administrativos afetos ao Vice Presidente, ao dar apoio e suporte às ações da Presidência e da Corregedoria-Geral, ao tratar com seus colegas magistrados, ao orientar os seus insignes Juízes Assessores, ao liderar os servidores desta Casa - enfim, em toda essa ampla gama de tarefas o desembargador ADEMIR DE CARVALHO BENEDITO sempre soube haver-se com justiça, e por isso semeou paz, e de modo seguro e sereno obteve concórdia.

Diligente no ofício da judicatura, o homenageado sempre tratou com idêntico respeito colegas, advogados, partes e funcionáriosº Magistrado sereno e ético, colhe elogios tanto profissionais quanto pessoais por onde quer que deixe a marca de sua honradez e humildade.

Prezado desembargador ADEMIR DE CARVALHO BENEDITO, eu, que acabo de falar na importância da justiça, vejo-me agora na contingência de cometer uma injustiça, por não poder repassar aqui, como seria devido, todo o seu currículoº É que, por amor à brevidade, não conseguiria repassar aqui toda a sua vida, nem sequer a profissional, que dirá também a pessoal, igualmente repleta de sucessos. Mas desejo mencionar que, para além de sua carreira pelo interior do Estado (em Guarulhos, Conchas, Presidente Epitácio, Itanhaém), na Capital (em Pinheiros, na Vara da Infância e Juventude) e no Tribunal (de início, no Primeiro Tribunal de Alçada Civil, e depois neste Tribunal de Justiça), Vossa Excelência merecidamente elegeu-se Vice-Presidente. Esse brilhantismo revelou-se, também, nas demais atividades jurídicas de Vossa Excelência, na Escola Paulista da Magistratura, na Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional, na orientação de estudos e de divulgação de jurisprudência, na Presidência da Seção de Direito Privado, bem como em extensa atividade jurisdicional.

O retrato de Vossa Excelência traz, em si, honorabilidade, devoção de espírito, a fidelidade às instituições democráticas e à supremacia da lei. Refletirá, ainda, a figura de cidadão probo e de profissional dedicado. Exemplo de vida, de cidadania e de amor à justiça, de zelo e preocupação com o aperfeiçoamento e com a eficiência da justiça.

Ademir, meu estimado e caro amigo. Vejo-o também envolto pelo amor da família, dos colegas, dos amigos, dos servidores e pela ternura de sua esposa, Vanda Lúcia, dos seus filhos Henrique, Flávio e Breno, de suas noras Flávia, Ana Paula e Jéssica, e dos seus netos, Gabriel, Isadora e Letícia.

E a homenagem se estende a eles, em particular à sua esposa, pela paciência e compreensão com que releva o tempo muitas vezes emprestado pelo esposo, pai e avô, ao árduo ofício judicante, para resolver litígios que tocam a

Acesso ao Sumário

tantas outras famílias, subtraindo da sua própria família o desfrute de um maior convívio.

Por fim, minhas senhoras e meus senhores, não é só a moldura da fotografia de nosso querido homenageado, des. Ademir de Carvalho Benedito, que se enquadra nesta galeria, mas a representação simbólica que a sua vida ostenta com intensa significação multifacetada de todos sentidos, valores e princípios.

Por tudo isso, tenha Vossa Excelência a certeza de que o retrato que hoje se descerra não é uma lembrança, e sim um novo testemunho à tradição da justiça e aos valores de um magistrado de valor! Muito obrigado!

ADEMIR DE CARVALHO BENEDITO (Desembargador)

Discurso de agradecimento por ocasião da inauguração de sua imagem na galeria de retratos da Vice-Presidência (Cerimônia realizada em 09.10.2018).

Sr. Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças.

Sr. Vice-Presidente, Desembargador Artur Marques da Silva Filho.

Sr. Corregedor-Geral da Justiça, Desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco.

Senhor Presidente do Egrégio Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, Desembargador Carlos Padin.

Nas pessoas de Vossas Excelências cumpri mento todos os que aqui me honram com suas presenças.

Por duas razões, hoje é um dia especial para mim: primeiramente por receber esta homenagem pela minha atuação na Vice-presidência do Tribunal de Justiça durante o biênio 2016/2017; também hoje, eu e diversos colegas aqui presentes, inclusive o Sr. Vice-presidente da Coite, Desembargador Artur Marques, e o Sr. Presidente da Seção de Direito Privado, Desembargador Campos Melo, comemoramos 40 anos de ingresso na Magistratura.

Esse sonho de me tornar Juiz de Direito surgiu quando, ainda criança, por volta dos 12 anos, por acaso, encontrei um livro na estante de minha casa. Dei urna olhada rápida e me interessei pelo que continha: era o Código Civil Brasileiro. Ali comecei a me interessar pelo Direito, e mais tarde, fui orientado por meu pai, que era contabilista, a seguir o curso jurídico, que realizei na "Velha, mas sempre Nova Academia do Largo de São Francisco".

Durante o curso colegial clássico, no Mackenzie, conheci Francisco

Acesso ao Sumário

Thomaz de Carvalho Júnior, o querido Chico, e depois o Dr. Carvalhinho, seu pai, o querido e saudoso Desembargador Francisco Thomaz de Carvalho Filho. Através dele me entusiasmei pela Magistratura, e fui por ele estimulado e orientado.

A partir daí, veio o desejo de concretizar o sonho de ser Juiz de Direito, o que me pareci a impossível. Mas me esforcei bastante, estudei muito e rezei mais ainda.

Deus me abençoou e me concedeu duas graças: primeiro conhecer a Vanda; e depois, com seu amor e seu apoio, conseguir passar no concurso para Juiz de Direito. Já me sentia realizado. Mas, Deus me concedeu muito mais; cheguei a Juiz do 1º Tribunal de Alçada Civil, e depois a Desembargador.

Com a força da família, as bênçãos de Deus, e a confiança e generosidade de meus colegas, fui eleito para presidir a Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça, e depois para a Vice-Presidência da Corte. Algo que nunca imaginei alcançar. E agora sou homenageado pelos senhores com o registro perene de minha passagem pelo Tribunal, com a colocação de minha fotografia nesta galeria.

Sinto-me imensamente honrado e recompensado pelo trabalho desenvolvido.

Agradeço a Deus por tudo que me proporcionou.

Agradeço também à min ha esposa, Vanda, aos filhos Henrique, Flávio, Breno, noras, Flávia, Paula, Jéssica, aos netos Gabriel, Letícia, Izadora. Além de me apoiarem, eles são grande estímulo para minha caminhada. Não reclamam do tempo que dedico à magistratura, porque sabem que amo o meu trabalho, a Justiça, e é graças a esse trabalho e ao Tribunal, juntamente com a Vanda, com sua dedicação aos filhos e ao seu trabalho como psicóloga, que tivemos as condições de criar e sustentar nossa família.

Finalmente, agradeço aos meus queridíssimos colegas, que aqui quero chamar de amigos da magistratura, que sempre me trataram e me tratam com muita consideração, carinho fraternal, e a quem devo a escolha para os elevados cargos administrativos que ocupei no Tribunal, especificamente a Vice-Presidência, o mais relevante de todos.

Como Vice-Presidente, procurei honrar o Tribunal de Justiça, atendendo a todos que me procuravam, Magistrados, Funcionários, Advogados, Defensores Públicos, Membros do Ministério Público, colaborando ao máximo com o Egrégio Conselho Superior da Magistratura, presidido pelo querido e competente Desembargador Paulo Dimas de Bellis Mascaretti.

Tive, ainda, a honra de presidir a Câmara Especial, com competência para julgar recursos relativos à Infância e Adolescência, tema delicado e de grande importância social, ao qual me dedico há muitos anos.

Acesso ao Sumário

E tive, ainda, a felicidade de conviver mais intensamente com o poeta Paulo Bomfim, fortalecendo nossa amizade fraternal.

Cada encontro e cada conversa, com Paulo Bomfim, sempre um menino, renova e rejuvenesce nossa alma.

Encerrando, registro um agradecimento muito especial, à Assessoria Militar, na pessoa do coronel Moretti, pela assistência que me deu durante a gestão na Vice-Presidência, aos funcionários do gabinete da Vice-Presidência e do gabinete da 21ª Câmara de Direito Privado, que me proporcionaram e me proporcionam a estrutura necessária para o meu trabalho, e aos competentes Juízes que me assessoraram na Vice Presidência, meus queridos amigos Maria dos Anjos, Nídea e Daniel.

Muito obrigado a todos.

LORENA DANIELLY NÓBREGA DE ALMEIDA (Juíza de Direito)

Discurso proferido em nome dos vitaliciados na "Solenidade de Vitaliciamento dos aprovados no 186º Concurso de Ingresso na Magistratura" (Cerimônia realizada em 15.10.2018).

Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, em nome de quem cumprimento todas as demais nobres autoridades integrantes da mesa.

Excelentíssimo Senhor Desembargador Everaldo de Melo Colombi, em nome de quem cumprimento os demais integrantes da Comissão Examinadora do 186º Concurso da Magistratura;

Senhoras e senhores autoridades presentes, pais, familiares e amigos;

Colegas vitaliciandos, ou como carinhosamente nos denominamos, "nossa grei";

Acesso ao Sumário

É com muita honra que falo em nome desse grupo e espero representá-los à altura das pessoas vocacionadas, respeitosas, acolhedoras e inspiradoras que o compõem.

Convido meus caros colegas a rememorar o dia de nossa posse, ocorrida há pouco mais de dois anos. Posse é chegada e partida. Naquela ocasião, reunimos 77 trajetórias singulares para seguirmos o destino de um mesmo sonho: o da Magistratura.

Em comum, na base de todo o percurso, houve um querer desassossegado que instigou a racionalidade de escolhas mais cômodas, de caminhos mais

curtos. Como toda partida, o dia de nossa posse carregou o peso das incertezas do porvir, mas também trouxe em si a dualidade de ter sido um dia leve, como são as conquistas aplacadoras de sonhos.

Da posse ao vitaliciamento, fomos acometidos por sentimentos dos mais diversos matizes: insegurança, coragem, isolamento, esperança, esgotamento, satisfação pessoal. Somente cada um, em seu íntimo, saberá mensurar a importância desses sentimentos na construção das Juízas e Juízes que hoje retornam a esse mesmo Salão dos Passos Perdidos, porém já não ingressam no mesmo rio, dada a impermanência de nossas vidas e da carreira que escolhemos percorrer.

E se hoje somos mulheres e homens distintos do dia de nosso ingresso, não devemos permitir que o vitaliciamento, como garantia que é destinada ao cargo, represente um ponto de inflexão rumo à constância e imutabilidade de nossas carreiras.

Pelo contrário, o vitaliciamento deve nos incutir ainda mais coragem para desconstruir certezas e convicções pessoais, sempre que elas ousarem tentar nublar a concretização de direitos e garantias fundamentais dos jurisdicionados. Se nós, juízes e demais operadores da Justiça, falharmos na missão de proteger a Constituição, a democracia inicia sua derrocada.

Para nós, magistrados, de quem se espera a medida ideal de inércia que não comprometa a imparcialidade, o desafio é identificar o momento em que a omissão se torna antiética e contrária aos nossos ideais de justiça. Recordando as palavras de Marthin Luther King, "o que mais preocupa não é o grito dos violentos, nem dos corruptos, nem dos desonestos, nem dos sem ética. O que mais preocupa... é o silêncio dos bons". Aqui acrescento por minha conta, não seriam os bons aqueles que lutam pela construção de uma sociedade plural, justa e ética?

Afinal, se os atores incumbidos da tarefa de proteger a democracia se omitirem, se não respeitarem as diferenças ou não lutarem incansavelmente pela igualdade, conforme o papel institucional assumido por cada um, não teremos senão um arremedo de democracia.

E para mantermos viva a nossa eterna vigilância em torno da preservação das instituições democráticas e dos direitos e garantias fundamentais, é preciso inquietude e desconforto. Pego aqui por empréstimo o embate do clássico francês "Os Miseráveis", do romancista Victor Hugo. De um lado, Javert, inspetor de polícia e obstinado cumpridor da lei. De outro, Jean Valjean, homem que cumpre pena de 19 anos de trabalhos forçados pelo furto de um pão.

Ao ser agraciado com a liberdade condicional, após quase duas décadas de prisão, Valjean logo descumpre suas condições e se torna um foragido da justiça. Javert sai em seu encalço, destinado a fazer cumprir a lei que exige o

retorno do furtador ao cárcere. Porém, ao reencontrar um Valjean plenamente ressocializado e que ainda lhe destina um gesto de compaixão ao salvar a vida de seu próprio algoz, Javert vive o seguinte dilema moral: cumprir a letra da lei ou dar por cumprida a dívida daquele homem com o Estado.

A angústia de ver suas certezas e convicções de certo e errado descontruídas diante de seus olhos, leva Javert ao extremo de retirar a própria vida, atirando-se no rio Sena.

É certo que não desejo para nenhum de nós o triste fim de Javert. Porém, acredito que precisamos ter em nós a mesma angústia, a mesma inquietude diante de uma flagrante injustiça.

Perante uma causa em que a resposta imediata é também injusta, a Juíza ou o Juiz que não revira a si e aos livros em busca de uma outra solução autorizada pelo ordenamento jurídico, talvez deva repensar a sua vocação para o cargo ou buscar o caminho para reacender a chama do desconforto moral de Javert.

E por mais inusitado que possa parecer que eu deseje aos meus queridos colegas vitaliciandos, nesse momento festivo, que sintam eterno desconforto e inquietude em suas carreiras, o combate a injustiças traz também o alento do cumprimento de uma missão, de um juramento, de uma vocação.

E para que a chama da impermanência siga viva, é preciso não se dessensibilizar. Muitas vezes, por uma necessidade de preservação de nossa própria integridade psicológica e também pela frequência com que lidamos com vidas esfaceladas, somos tentados a formar uma couraça rígida, um manto protetor que pode nos distanciar da realidade que se põe bem diante de nossos olhos.

Não podemos permitir que esse mal se instale sorrateiro em nossos cotidianos. O magistrado insensível à realidade que o cerca, esquece-se do que nos alerta o escritor português José Saramago: “o que dá o verdadeiro sentido ao encontro é a busca e é preciso andar muito para alcançar o que está perto”.

Repito: é preciso andar muito para alcançar o que está perto.

É preciso andar muito para enxergar as realidades severinas, sem o que não estaremos sensíveis às vozes anoitecidas dos Severinos de Maria, descritos pelo poeta João Cabral de Melo Neto.

É preciso andar muito para enxergar a colorida pluralidade das muitas culturas que formam os brasis que chegam até nós em formato de lide, entender que os sertões, como alertou Guimarães Rosa, estão dentro das gentes, rodeiam dos lados e surgem quando menos se espera.

É preciso andar muito para enxergar a solidão das órfãs Macabéas de Clarice Lispector, sofredoras de maus-tratos e desamor, que reclamam o seu direito ao grito. Sem enxergar suas dores, como lutar incansavelmente para que encontrem alento em uma família?

Acesso ao Sumário

E esse caminhar precisa ser feito com olhos bem abertos, porque, nas palavras de Jorge Amado, "temos olhos de ver e olhos de não ver, depende do estado do coração de cada um".

Esse caminhar pela preservação de nossas sensibilidades exige que não nos isolemos apenas entre semelhantes, que não nos limitemos à leitura de textos jurídicos, que viajemos por culturas próximas e longínquas e, principalmente, que conheçamos a nossa própria história, para não repetirmos os erros do passado.

Porém, sabemos que não estamos sozinhos em nossa luta pela preservação de nossa inquietude e nossa sensibilidade, e por isso agradecemos aos que desempenham papeis fundamentais nessa jornada.

Agradecemos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, por intermédio de seus órgãos diretivos, tem trabalhado incansavelmente na defesa da Magistratura nacional. Agradecemos também pelo trabalho contínuo na construção de uma Magistratura plural, pautada em igualdade de gênero.

Seja por meio da edificação de símbolos, como por meio da entronização do busto da primeira bacharel do Estado de São Paulo, Doutora Maria Augusta Saraiva. Seja pelo pronto apoio às Juízas alvos de inaceitáveis tentativas de intimidações misóginas, como o recente ato intitulado Justiça Sem Violência de Gênero, promovido em apoio à Juíza Ana Letícia Oliveira dos Santos.

Esse agradecimento faço não somente em nome das Magistradas, mas também dos colegas Magistrados, pois, nas palavras da escritora nigeriana Chimamanda Adichie, "imaginem como mulheres e homens seríamos muito mais felizes, muito mais livres para sermos nós mesmos, se a sociedade não trouxesse tanto peso às diferenças biológicas. Nossas semelhanças são mais numerosas do que nossas diferenças".

Agradecemos ainda à Escola Paulista da Magistratura, na pessoa do Desembargador Francisco Eduardo Loureiro, bem como à Coordenação dos nossos cursos de formação e de vitaliciamento, na pessoa do Doutor Marcos Pimentel Tamassia, pela incansável dedicação ao nosso aprimoramento como magistrados.

Agradecemos aos membros da Banca Examinadora, na pessoa do Desembargador ***Everaldo de Melo Colombi***, pelos ensinamentos e pela aprovação.

Agradecemos às nossas equipes de servidores, funcionários terceirizados, estagiários, colaboradores indispensáveis para o exercício de nossa função judicante e construção de um ambiente de trabalho acolhedor.

Por fim, agradecemos a Deus, simbolizando aqui as variadas religiões, fés e credos que cada um professe.

Aos nossos pais, presentes ou ausentes, ou quem tenha feito as vezes de

Acesso ao Sumário

tais figuras na construção de modelo de caráter e apoio à edificação de nossos sonhos.

Aos nossos companheiros e companheiras, que nos servem de esteio e acompanham aguerridos a nossa jornada de entrega emocional a esta vocação.

Aos nossos avós, irmãos, filhos, parentes e amigos que hoje compartilham nossas alegrias e se orgulham de nossos feitos.

Finalizo com um conselho acolhedor do meu conterrâneo Ariano Suassuna, "tenho duas armas para lutar contra o desespero, a tristeza e até a morte: o riso a cavalo e o galope do sonho. É com isso que enfrento essa dura e fascinante tarefa de viver".

Muito obrigada!

EVERALDO DE MELO COLOMBI (Desembargador)

Discurso proferido como Presidente da Banca Examinadora, na "Solenidade de Vitaliciamento dos aprovados no 186º Concurso de Ingresso na Magistratura" (Cerimônia realizada em 15.10.2018).

Estamos novamente reunidos, agora para celebrar a vitaliciedade dos senhores.

Ultrapassada a fase excitante do ingresso, penso que hoje, mais serenos, estejam igualmente felizes.

Mesmo cansados, às vezes inseguros, espero que guardem a energia inicial, aquela que acreditava ser tudo possível, inclusive a de "zerar" todos os processos sob suas responsabilidades, com extrema competência e perspicácia.

Não estamos "enxugando gelo". Há uma luz no fim do túnel. Acreditem.

Acesso ao Sumário

Quanto mais trabalhamos, mais adquirimos experiência. E isso nos permite julgar com mais segurança e eficiência.

Espero que já tenham decisões confirmadas e reformadas pelo 2º grau. Que já tenham mudado de opinião e mantido outras tantas. Convicção na própria decisão é necessário. É relevante termos essa noção da importância de nossa própria capacidade. Mas sem exagero. Quem nunca muda de opinião é no mínimo insensato. Nós ponderamos e aprendemos com o outro, mesmo com os mais simplórios. O aprendizado nunca acaba. Nas palavras de Willian Wordsworth:

"Estamos mais próximos da sabedoria quando nos curvamos, e não

quando pairamos no alto."

Espero que nunca percam a esperança de um mundo melhor e mais justo. Que acreditem que vocês fazem parte dessa quimera. Que, sem vocês, tudo pode ser mais difícil. Mas, para isso, não basta serem Juízes no papel. Precisam ser na prática. Trabalhar com afinco e dedicação, para maior eficiência de toda a máquina judiciária.

Crer, às vezes, é o melhor combustível para as grandes mudanças. Aquelas mais necessárias.

Há quase 41 anos, desde a minha posse na Magistratura, acredito, cada dia mais, no Poder Judiciário.

Creiam sempre.

Eu creio em todos vocês.

Obrigado.

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento da "Solenidade de Vitaliciamento dos aprovados no 186º Concurso de Ingresso na Magistratura" (Cerimônia realizada em 15.10.2018).

Vós sois os Juízes do presente e do futuro. Para vós serdes Juízes da atualidade ou Juízes de seu tempo, deveis projetar o exercício da jurisdição no futuro, sem olvidar-vos dos Juízes do passado. Aprendi, desde tenra idade, que, quem não tem passado, não terá futuro.

Vós acabastes de participar do sagrado ritual do vitaliciamento como Juízes paulistas que, por força do princípio da nacionalidade da Magistratura, a partir desta cerimônia, ostentareis o galardão de Juízes brasileiros.

Vós dissestes: "Prometo cumprir com retidão, amor à Justiça, fidelidade às Leis e às Instituições vigentes os deveres do cargo de Juiz Vitalício". Este compromisso está disciplinado no artigo 95, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil que garante aos Juízes a vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, consoante também preconiza o artigo 22, inciso I, alínea "d", da Lei Complementar nº 37, de 13 de novembro de 1979 e o artigo 26, inciso II, alínea "g" do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça.

Vós fizestes o juramento sagrado de Magistrados no sacrossanto santuário

Noticiário
Acesso ao Sumário

da Justiça paulista, venerável ritual que já se repetiu por 186 vezes: a venerável Cerimônia de Vitaliciamento dos Juízes Substitutos do Poder Judiciário da terra de Piratininga.

Vós jurastes cumprir a Constituição Federal. O momento político que hodiernamente nosso País atravessa ressumbra preocupação para todos nós que compomos o Poder Judiciário, que tem a função de tutelar os valores consagrados na Carta da República, competindo-nos o exercício do poder-dever de garantir aos nossos jurisdicionados, de forma indeclinável, todos os sagrados direitos petreamente inscritos na Lei Magna. A toga vitalícia que acabais de receber vos impõe o sacratíssimo dever de julgar todas as questões que vos for submetida ao seu julgamento monocrático sob o postulado constitucional da igualdade de todos perante a lei. Ao julgardes os processos que vos forem submetidos, deveis, sempre, ter em mente, o vetusto ensinamento de Aristóteles, vale dizer: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Cumpre-me recordar-vos um dos mais sábios ensinamentos que os juízes devem observar nos julgamentos. O autor da ensinança, o francês Jean-Baptiste-Henri Dominique Lacordaire, religioso da Ordem Dominicana, padre, jornalista, educador, acadêmico e educador, respeitado em França como o restaurador da Ordem dos Pregadores: disse o grande mestre, hoje que é dia dos professores: "Entre os fortes e fracos, entre ricos e pobres, entre senhor e servo é a liberdade que oprime e a lei que liberta".

Vós, ao término desta solenidade de juramento, saireis virtualmente munidos da balança e da espada. A balança significa o equilíbrio que a Justiça deve concretizar, a aferição do bem e do mal, do certo e do errado, do justo e do injusto. Osíris, deus da morte, pesava a alma dos mortos em uma balança, símbolo do julgamento, com o escopo de decidir o destino ultraterreno do morto. São Miguel Arcanjo, no cristianismo, é representando com uma balança às mãos, para usá-la ao pesar as boas e más ações na terra. Da mesma forma, o Alcorão, o sagrado livro do Islã, põe as pedras brancas e as negras na balança, com o objetivo de outorga-las às boas e más pessoas.

Acesso ao Sumário

Saireis também armados cavaleiros, com escudo das virtudes e a espada do poder, da força e da coragem. Usareis também a armadura da imparcialidade. Vale lembrar-vos o ensinamento do jurista alemão Rudolf von Ihering: "o direito não é mero pensamento, mas sim força viva. Por isso, a Justiça segura, numa das mãos, a balança, com a qual pesa o direito, e na outra a espada, com a qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a fraqueza do direito. Ambas se completam e o verdadeiro estado de direito só existe onde a força, com a qual a Justiça empunha a espada, usa a mesma destreza com que maneja a balança".

De rigor rememorar a vós que a Deusa Grega Têmis, filha de Gaia

(Terra) e Urano (Céu), a Deusa da Justiça, das leis e da ordem, tem sua imagem consagrada pelo gênio dos escultores com uma venda sobre os olhos, numa indicação de que a Justiça deve ser imparcial e sábia. Inobstante os olhos vendados da Deusa da Justiça, não podeis outra divindade grega, Diké, filha de Têmis e Zeus, que também é simbolizada como protetora da Justiça, mas, diferentemente de sua mãe, não se apresenta com os olhos vendados, mas, sim, com os olhos abertos, a indicar que a Justiça deve buscar a verdade para que seus julgamentos sejam justos.

Lições de sabedoria. Lições hauridas na evolução do pensamento humano. Lições grafadas na história da humanidade. Lições de ontem, de hoje e de sempre.

Nesta linha de orientação, é dever da Presidência desta secular Corte de Justiça enfatizar aos noveis magistrados que: o bom Juiz, a boa Juíza, deve ser alguém que assuma a missão de fazer justiça com bondade e coragem, altivez e caridade, independência e altruísmo, devendo, para tanto, dedicar-se diuturnamente aos estudos, ser substancialmente honesto, agir com imparcialidade, paciência, temperança, prudência, sensatez, humildade, modéstia, simplicidade, amor ao trabalho e ao próximo, brandura no trato com as partes e servidores. Por outro lado, o Juiz não deve se olvidar da indispensável energia, coragem, independência e altivez, qualidades indispensáveis para bem distribuir justiça. Dedicação integral e comprometimento total são deveres impostergáveis. A toga que nos é outorgada pela Nação e pela cidadania, conquistada em rigoroso e respeitado concurso de títulos, provas e biênio de efetivo exercício, deve ser usada nas vinte e quatro horas de cada dia, impondo-se que ela ostente a força da pureza advinda do fundo de vossos corações. Enfatizo que honestidade não é considerada virtude, mas obrigação e simples ponto de partida, imprescindível ao Magistrado tal qual a capacidade civil e o diploma de bacharel em ciências jurídicas e sociais. Juiz desonesto não é Juiz, mas simples e vil criminoso. Vós devereis saber dizer "sim" e "não" conforme o pleito apresentado a vosso julgamento seja amparado pela legalidade.

As garantias que a Constituição Federal outorga aos juízes brasileiros tem o objetivo de assegurar-vos condições seguras para aplicarem a lei e defenderem a liberdade, certos de que os poderosos de plantão não poderão atingir a independência do Juiz, a autonomia do Poder Judiciário, as garantias petrificadas na Constituição da Republica Federativa do Brasil.

Tais garantias exigem contrapartidas. O Juiz não é um cidadão comum. É membro de Poder. Ostenta parcela da soberania nacional. Por isso, sempre repito: assiduidade, pontualidade, produtividade, postura, compostura são deveres que temos que observar até o fim de nossas carreiras. Exercer a autoridade do cargo, sem autoritarismo ou tirania. Ser justo, sem ser justiceiro. Reconhecer os erros e rever decisões demonstra coragem e não tibieza. Mudar de opinião não é sinal

de falta de segurança, mas sim, implica coragem moral e ética. Anoto que estes deveres vós os aceitastes de forma voluntária, quando atendendo ao chamado vocacional se inscreveram para o concurso, foram aprovados, cumpriram o biênio legal e agora jurastes o cumprimento da Lei. A partir de agora tendes de cumprir o juramento e os deveres assumidos, fruindo os bônus e cumprindo os ônus. Vos éreis livres para recusá-los. Tendes plena liberdade para deixardes a Magistratura quando quiserdes. Porém, enquanto permanecerdes na falange heroica de Juízes, vós não tereis a liberdade de contestar o comando institucional fundado na hierarquia do Tribunal de Justiça, fundado na Constituição Federal.

Em nome do Tribunal de Justiça tenho a elevada honra de afirmar que estamos de braços abertos para vos receber e afirmo, em nome dos Magistrados paulistas, que nós todos sonhamos com o Juiz do futuro: humano, bom, culto, solidário, ético, firme, independente, corajoso, comprometido, diligente, zeloso, justo, afável, seguro, estudioso, desapegado das formalidades excessivas e vaidades tolas, técnico e que saiba aplicar a tecnologia e a ciência em prol do jurisdicionado, enfim, um Juiz apaixonado pela Magistratura.

Que Deus os abençoe e que a chama do ideal que os anima jamais se apague.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião do ato solene que denominou, no Gabinete de Trabalho dos Desembargadores da Seção de Direito Público (GADE-MMDC), o auditório "Desembargador Luis Antonio Ganzerla" (Cerimônia realizada em 18.10.2018).

Acesso ao Sumário

Saúdo todas as autoridades já nominadas pelo cerimonial e os colegas aqui presentes.

Agradeço de forma especial a presença da Dra. Maria Clara Ferreira Ganzerla, esposa, e dos filhos Fabrizzio Ferreira Ganzerla, Priscila Ferreira Ganzerla Martins e Daniella Ferreira Ganzerla Rosa, do genro Mauricio Rosa e do neto Luís Antônio.

A feliz ideia dos colegas do Direito Público em viabilizar esta homenagem hoje se concretiza.

Esta é uma solenidade que toca a todos aqueles que conviveram com o homenageado.

Quando o colega Sidney, DD. Coordenador deste prédio do Direito

Público, me pediu para fazer a saudação, senti-me lisonjeado e ao mesmo tempo preocupado, porque a emotividade deste momento é difícil de superar, razão porque trago um texto escrito.

Decorrido um ano e dois meses da perda do fraterno e leal amigo, ainda não me acostumei totalmente com a sua ausência. Todos os dias, quando me dirijo ao meu gabinete de trabalho, passo defronte à sala que era por ele ocupada e me recordo das quase diárias conversas que tínhamos, sempre entremeadas de um bom café.

Penso que não é o momento de ler a sua biografia, porquanto, a maioria dos presentes o conhecia muito bem.

Durante os 36 anos de magistratura Luís Antônio Ganzerla não deixou um dia sequer de honrar o cargo e a toga que vestia, verdadeiro exemplo a ser seguido.

Tive a ventura de, como Juiz Substituto em Segundo Grau e depois como Desembargador, servir unicamente à 11ª Câmara de Direito Público, justamente por convite direto do Ganzerla, com o apoio do Aroldo Viotti, Ricardo Dip, Francisco Vicente Rossi e Pedro Cauby Pires de Araújo, onde aprendi e aprendo até hoje diante desta seleção de excelentes magistrados.

Os votos dele sempre serviram como norte do entendimento jurídico, mesmo na discordância, que sempre era recebida com respeito e urbanidade.

A sua atuação no Órgão Especial e na Presidência desta Seção de Direito Público foi marcante e exemplar.

Teve como a sua marca indelével a democratização das eleições para os órgãos de direção do Tribunal de Justiça, que até hoje permite um poder renovador e oxigenado por novas ideias e modernas práticas de gestão administrativa.

Nesse sentido, vemos hoje a grande transformação daquele que é conhecido como o maior Tribunal do país, e talvez do mundo, com recordes de produtividade, apesar dos 20 milhões de processos que aqui tramitam, e a permanente modernização administrativa, apesar da crônica limitação orçamentária.

Por todas estas razões, digo que o Tribunal de Justiça de São Paulo perdeu um de seus melhores homens.

A sua retidão de caráter e intransigente defesa do interesse público são marcas indeléveis de sua personalidade.

Como principal traço desta personalidade, Luís Antônio Ganzerla nunca se omitia e sempre que escolhia uma direção que acreditava ser correta, a mantinha, sempre visando o interesse público.

Como todos nós, a situação de degradação moral porque passa o país o incomodava profundamente.

Acesso ao Sumário

Trabalhei por dez anos ao lado dele e só tive lições de amizade, urbanidade e humanismo.

No aspecto familiar, foi marido e pai prestimoso e construiu núcleo familiar sólido, que hoje dá o suporte indispensável à sua esposa Maria Clara.

Religioso, era devoto do Santo Padre Pio, razão pela qual encerro essas singelas palavras com a oração do Santo:

"Jesus que nada me separe de Ti, nem a vida, nem a morte. Seguindo-te em vida, ligado a Ti com todo amor, seja-me concedido expirar contigo no Calvário, para subir contigo à glória eterna."

Muito obrigado.

JAYME QUEIROZ LOPES FILHO (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião da outorga do "Colar do Mérito Judiciário" ao Professor Doutor José Rogério Cruz e Tucci (Solenidade realizada em 25.10.2018).

Excelentíssimo Sr. Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na pessoa de quem cumprimento todas as autoridades presentes.

Meus senhores e minhas senhoras.

Quando tive a ideia de propor o nome do Dr. José Rogério Cruz e Tucci para receber o Colar do Mérito Judiciário, conversei com os componentes da minha Câmara, Desembargadores Arantes Theodoro, Pedro Baccarat, Walter Exner e Milton Paulo, e de pronto obtive total apoio.

Naquele mesmo dia encontrei com o Presidente Manoel de Queiroz Pereira Calças, informando a respeito da minha intenção, o qual, de imediato, deu respaldo à proposta, uma vez que entendia ser das mais justas.

Apresentada a proposta, e ao longo de sua tramitação, fui comunicando colegas deste Tribunal a respeito, tendo obtido deles, sem exceção, total apoio, sendo certo que isto não se dá por acaso.

O Professor Tucci é um dos profissionais de advocacia mais respeitados, quer pela sua enorme capacidade, quer pela sua elegância no trato com magistrados, advogados e servidores.

Não vou aqui mencionar o rol de obras e artigos publicados pelo homenageado, cuja extensão implicaria em desnecessário prolongamento da minha fala. Na verdade o Professor Tucci é pessoa de capacidade reconhecida

Acesso ao Sumário

nacionalmente.

Certa vez, examinando um recurso, me deparei com uma citação doutrinária feita pelo apelante, na qual trazia a lição, segundo ele, dos "ilustres juristas" José Rogério Cruz e Tucci, como sendo duas pessoas. Na verdade, o engano é perdoável, isto porque o Dr. Tucci, pela sua vasta obra, dá a impressão de ser duas pessoas e não apenas uma.

O Dr. José Rogério é formado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e ali obteve os títulos de Livre Docente e Mestre em Direito Processual Civil. Atualmente é Professor Doutor Titular do Departamento d e Direito Processual Civil. É também Doutor em Direito Processual pela Universidade de Roma.

Pelo que se vê, como professor sua carreira é invejável e brilhante, isto podendo ser aferido pelo contato com alunos e colegas de cátedra, bastando mencionar que, por seus méritos, foi eleito Diretor da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

Como advogado, tive a oportunidade de conviver com o Dr. José Rogério em inúmeras oportunidades, tendo com ele integrado o Conselho da Associação dos Advogados de São Paulo.

Chamava a atenção o prestígio do homenageado no exercício do cargo de Diretor Cultural da AASP.

Não havia jurista convidado para palestra que recusasse um pedido formulado pelo Dr. Tucci. Isto fez com que os cursos realizados tivessem uma enorme procura, elevando o prestígio da AASP ainda mais.

Houve um episódio marcante na minha gestão como Presidente da Associação dos Advogados.

O Conselho Superior da Magistratura deste Tribunal, por provimento, determinou a incineração dos processos findos, situação que, da maneira como seria implementada a decisão, poderia causar prejuízos irreparáveis.

Em reunião do Conselho da AASP, ficou decidido pela impetração de Mandado de Segurança, ocasião em que se apurou a urgência da medida, uma vez que o prazo estava em vias de expirar.

O Dr. José Rogério, então, pediu a palavra e informou que isto não era problema e, no curto espaço de tempo que restava, se propôs a promover a ação. E assim foi feito. A peça prod uzida é brilhante e obteve parcial concessão da liminar pleiteada. O Órgão Especial deste Tribunal, por maioria, com um voto de diferença, acabou por denegar a segurança.

Interposto recurso, o Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, acolheu o pleito da AASP, que lançou um livro com as principais peças deste processo histórico.

Acesso ao Sumário

No meu longo período de exercício da advocacia e da magistratura, raríssimas vezes tive a oportunidade de encontrar uma peça processual tão bem elaborada e precisa.

Para minha felicidade, como Presidente da AASP à época, assinei a procuração. No ano seguinte, o Dr. José Rogério foi eleito Presidente da AASP.

Mais não precisa ser dito para justificar a outorga do Colar do Mérito Judiciário ao Dr. Tucci, sendo esta, com certeza, uma das mais justas homenagens que este Tribunal já prestou.

Encerro cumprimentando a família do homenageado na pessoa de sua esposa, a querida e brilhante advogada Dra. Cibele Tucci.

Meus parabéns, meu fraterno amigo José Rogério.

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI (Advogado e Professor)

Discurso de agradecimento por ocasião da outorga do "Colar do Mérito Judiciário" (Solenidade realizada em 25.10.2018).

- Eminente Desembargador e Professor **Manoel de Queiroz Pereira Calças**, Presidente desse Egrégio Tribunal de Justiça, em nome de quem cumprimento todos os nossos colegas de docência do Largo de São Francisco;

- Eminente Desembargador Corregedor **Geraldo Francisco Pinheiro Franco**;

- Eminentes Senhores Desembargadores Vice-Presidente **Artur Marques**, Presidente da Seção de Direito Privado, **Gastão Toledo de Campos Mello** e Presidente da Seção de Direito Criminal **Fernando Antonio Torres Garcia**;

Acesso ao Sumário

- Excelentíssimos Senhores Ministros **Sidnei Beneti** e **Roberto Rosas** e Desembargador **Samuel Brasil**, que se deslocou de Vitória, para prestigiar essa significativa homenagem;

- Eminente Desembargador **Jayme Queiroz Lopes Filho**, agradeço-lhe pelas palavras generosas e certamente exageradas, que provêm da duradoura amizade e admiração mútua. Não me furto a confessar que gostei muito de ouvi-las e gostaria ainda mais de merecê-las. Vossa Excelência foi o responsável pela proposição de meu nome ao Colendo Órgão Especial, e na sua pessoa permito-me saudar todos os ilustres Magistrados presentes;

- Excelentíssimo Senhor Doutor **Luiz Flávio Borges D'Urso**, representando a OAB, Secção de São Paulo, em nome de quem saúdo todos os

advogados presentes;

- Excelentíssimo Senhor Doutor **Ricardo de Barros Leonel**, representando o Dr**. Gianpaolo Smanio**, ilustre Procurador-Geral de Justiça, em nome de quem cumprimento todos os membros do MP paulista;

- Excelentíssimo Senhor Doutor **Luiz Perisse Duarte Jr.**, Presidente da minha querida AASP, meu colega da Turma de 1978, da FD do Largo de São Francisco, em nome de quem saúdo, com muito carinho, os nossos colegas de turma aqui presentes;

- Excelentíssimo Senhor Professor Doutor **Ignácio Maria Poveda**, representando o Magnífico Reitor da USO, Professor **Vahan Agopian**;

- Agradeço outrossim a presença de meus estimados Amigos;

- Da minha mulher, **Cibele Tucci**, dos nossos filhos, **Rafael**, e as gêmeas **Amanda** e **Bianca**, da minha sogra **Maria Ignes**, ressaltando as ausências mais do que justificadas do meu primogênito **Rogério** e de minha nora **Roberta**;

Senhoras e Senhores:

As minhas primeiras palavras são de agradecimento pela fidalguia com a qual Vossa Excelência, Sr. Presidente, acolhe-me nesse prestigioso Sodalício bandeirante.

Agradeço-lhe a honra e o prazer que o Tribunal de Justiça bandeirante me proporciona, na luminosidade da hora e na magnificência do cenário, com a profusão de cores e de tons, a exuberância de sentimentos e multiplicidade de afetos, na presença confortadora e na comunhão dileta de familiares, amigos e colegas.

Destaco inicialmente que meu Pai, cujo maior legado foi o de me inculcar a ideia de que não há justiça sem ética entre os seus protagonistas, estaria certamente muito orgulhoso nesta efeméride vendo- me receber o Colar do Mérito Judiciário da Corte de Justiça paulista. Na condição de advogado militante durante toda a vida, ele não perdia oportunidade para enaltecer esse Tribunal de Justiça. Ensinou-me desde cedo que para exercer a advocacia em plenitude era necessário, antes de mais nada, respeitar e reverenciar os integrantes do Poder Judiciário. Lição assimilada e que tenho seguido à risca durante esses 40 anos de exercício profissional.

A vida é repleta de coincidências e de surpresas, quando é que poderia eu imaginar que um dia, fosse estar nesse prestigioso salão nobre denominado Manoel da Costa Manso. O Ministro Manoel da Costa Manso formou-se em 1894 na Velha e Sempre nova Academia do Largo de São Francisco, tendo passado os primeiros 8 anos de atividade profissional exercendo a advocacia em Mogi-Mirim, minha cidade natal, até ser nomeado juiz em 1903. Deixou o seu nome esculpido nos umbrais desse Tribunal de Justiça, tendo sido seu Presidente entre janeiro de 1932 até julho de 1933. Em disputada eleição com o já acatado Carlos

Maximiliano, seu nome foi aprovado por unanimidade pelos 10 Ministros para preencher vaga no Supremo Tribunal Federal, a partir de agosto de 1933, onde brilhou, com votos magistrais, até maio de 1939.

Quando é que eu poderia pensar em receber aqui tamanha distinção por ato de inequívoco desprendimento de todos os integrantes do Órgão Especial desse Egrégio Tribunal de Justiça?

Aqui estou, pois, acudindo a tão enobrecedora homenagem.

Vindo de Mogi-Mirim aos 14 anos de idade, depois de ter cursado o clássico, ingressei na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco e de lá jamais saí. Formado há exatos 40 anos, fiz das Arcadas a minha segunda casa e do fórum paulista o meu cotidiano profissional.

Na Academia, procurei me aperfeiçoar, inspirado nos ensinamentos, dentre outros, de mestres da envergadura moral de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, José Ignácio Botelho de Mesquita, Luiz Carlos de Azevedo e Moacyr Lobo da Costa, homens de personalidade austera, que traçaram os desígnios da minha formação intelectual e me instigaram a desvendar as raízes dogmáticas da ciência processual. Tive ainda a fortuna de ter sido orientado no meu doutorado, por dois anos consecutivos, na Universidade de Roma, pelo Professor Giovanni Pugliese, considerado, ao lado de Cesare Vivante, Emilio Betti e Francesco Carnelutti, um dos quatro maiores juristas italianos do século XX, pelas mãos de quem me aprofundei no estudo do método fascinante que conota toda a grandiosa obra de Piero Calamandrei.

Consciente do significado da docência, a partir de seu sentido etimológico, procurei não me omitir no cumprimento do dever de produzir, ensinar e orientar, de incentivar os que iniciam e prosseguem em sua caminhada pela órbita jurídica ou que ousam trilhar outras veredas; assim também, em reuniões e em certames acadêmicos, em momento algum fugi à responsabilidade de expressar minha opinião sincera e franca, ainda que assumindo posições delicadas, não exatamente simpáticas, sobre o justo e o injusto.

Acesso ao Sumário

No Fórum, fiel ao juramento de exercer a advocacia com dignidade e independência, jamais agi de forma desleal ou postulei com receio de desagradar quem quer que fosse. Aos meus pares advogados, sempre uma palavra de alento e de respeito; aos magistrados, sempre uma reverência; aos servidores, sempre demonstrei estima!

Posso afirmar que, até hoje, continuo tendo enorme alegria, que é diuturna, em exercer a profissão de advogado, aprendendo dia após dia, com os meus colegas e com os juízes, as múltiplas variantes que a interpretação e a aplicação do direito oferecem.

Pelo menos nos últimos 10 anos, subo uma ou duas vezes por semana os 22 degraus das escadas desenhadas pelo renomado escritório Ramos de Azevedo,

para ingressar nesse Palácio da Justiça, constantemente motivado e tomado pela ansiedade da expectativa do julgamento. Invariavelmente, dirijo-me a esse 5º andar para vestir beca. De modo já descontraído, vou logo perguntando, em tom de pilhéria, ao Wellington ou ao Juscelino, servidores exemplares e prestativos, se deu pra guardar a beca do Dr. Teotonio. De volta do julgamento, perguntam-me e aí Dr. ganhou? Ocorre também às vezes que, quando chego, já me adiantam que a do Dr. Teotonio está aqui reservada, e eu então retruco: hoje, meu amigo, nem com a do Teotonio eu ganho, mas vamos ver o que acontece!

Senhor Presidente, em ocasiões como esta, protocolarmente, o homenageado agradece a significativa honraria que lhe é concedida, aduz mais algumas palavras e encerra a sua manifestação.

Não obstante, entendo que se descortina uma oportunidade peculiar para que eu possa tecer duas ou três rápidas observações realistas de como um advogado, já com alguma vivência, enxerga o Judiciário paulista em época contemporânea.

Evidente que não correrei o risco de ser contagiado pela maldição dos longos discursos. É que nos anais da história política dos EUA, William Harrison, o 9º Presidente americano, proveniente do Estado da Virginia, proferiu o mais longo discurso de posse de toda história, com a duração de 2hs e 22minutos, numa tarde gelada, em Washington, no dia 4 de março de 1841. Faleceu exatamente um mês depois de pneumonia!

Serei breve!

No recentíssimo best-seller escrito por Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, intitulado Como as democracias morrem, os autores, baseados em profunda pesquisa, elaboram um inventário histórico, a demonstrar que, sem exceção, todas as vezes nas quais o Poder Judiciário foi cooptado ou foi calado pela força, os regimes liberais converteram-se em ditaduras. Asseveram inclusive que nos Estados Unidos, durante quase todo o primeiro século após a Independência, a composição da Suprema Corte foi alvo frequente de maquinações sectárias, começando pela manobra dos federalistas de encolher a corte para negar ao presidente eleito, Jefferson, a prerrogativa de indicar um Justice. Nessa época, mais precisamente entre 1800 e 1869, a Suprema Corte dos EUA teve a sua composição alterada sete vezes, todas elas por razões de cunho político.

Sob a perspectiva da experiência histórica, quando um grupo passa a dominar as instituições oficiais, em especial, a independência do Poder Judiciário, usando o Estado em benefício de alguns, pode-se notar que a legitimidade desse sistema fenece, ainda que o modelo, a burocracia e a retórica adotados para a conservação desse poder arbitrário sejam travestidos dos aspectos formais do direito.

A despeito da situação crítica que, nessa quadra, caracteriza as instituições

públicas do Brasil, mais relevante ainda se torna o papel do Poder Judiciário, que, em sua missão maior de tutelar o direito, continua sendo o proscênio de esperança e a derradeira trincheira de todos os cidadãos.

Faço esta profissão de fé porque o período atual é claramente de indefinições. As incertezas que assolam o País fazem com que o Judiciário, cônscio de sua importância e de seu papel fundamental no desenvolvimento e na autonomia da Nação, evite, a todo o custo, ceder à pressão das dificuldades que têm a particular malícia de destruir mais e mais depressa os nossos valores republicanos.

A administração da justiça, sobretudo para garantir de forma irrestrita a observância dos direitos fundamentais é a chave para a manutenção da ordem, a preservação da paz e, sobretudo, da segurança.

Um Poder Judiciário destemido é, portanto, em qualquer lugar do planeta, pressuposto da garantia de segurança jurídica. Aquela segurança jurídica destacada com ênfase pelo eminente Celso Lafer, há alguns meses, em seu discurso de agradecimento, nesse mesmo salão nobre, por ocasião do recebimento deste mesmo galardão.

Podemos afiançar que o nosso Judiciário, mantém-se altaneiro na senda que constitucionalmente lhe é reservada. O Poder Judiciário paulista, em particular, continua forte e unido!

Em primeiro lugar, porque, ao longo destes últimos anos, tem cumprido o compromisso de atender ao princípio fundamental da duração razoável do processo.

Não é tarefa fácil nem de baixa complexidade, numa Corte tão numerosa quanto esta, encurtar o tempo entre a lesão e a satisfação do direito tutelado, velho anseio de toda a sociedade.

Michele Taruffo, num festejado livro sobre as vicissitudes da justiça italiana a partir do séc. XVIII, assinala que a história do processo é a história da luta contra o tempo. Aquele tempo inimigo, como a ele referia- se Carnelutti, que conspira contra todos os protagonistas do processo e, em última análise, que desprestigia a fé na Justiça.

É bem de ver que atualmente, em relação aos países integrantes da União Europeia, o Tribunal Constitucional sediado em Estrasburgo, a partir dos critérios do grau de dificuldade da causa e do desempenho do juiz responsável pelo processo, estabeleceu, como média da tramitação razoável do processo, o lapso de 2 anos para o primeiro grau e de 3 anos para o segundo grau. Ultrapassado esse tempo, vale dizer, um lustro, cada um dos litigantes, independentemente de ter ou não razão, já faz jus a receber 1.000 euros, a cada ano excedente, do país em que o processo tramita, considerado objetivamente responsável, a guisa de reparação pelo dano moral experimentado em decorrência da angústia

provocada pela demora do processo.

Ora, quem exerce a advocacia no contencioso civil em São Paulo deve orgulhar-se da significativa conquista alcançada pelo Tribunal de Justiça, visto que, em regra, o tempo de espera para o julgamento dos recursos – agravos e apelações – tem sido extremamente exíguo, a invejar, por exemplo, o Judiciário da Itália, da Grécia e de Portugal, cuja morosidade é vexatória no conserto dos países da Europa continental!

Mas não é só.

É sabido que mesmo antes da vigência do novo Código de Processo de Civil, sobreveio propositada valorização da observância do precedente jurisprudencial como mecanismo visando a imprimir maior celeridade ao desfecho das controvérsias.

Cumpre-me registrar que se faz notória a dilatada e crescente preocupação desta Egrégia Corte de Justiça, em preservar a uniformidade de interpretação e de aplicação do direito, no âmbito de seus respectivos órgãos fracionários.

Na verdade, esta tendência de consolidação, intra muros, das teses pretorianas sufragadas pela maioria de seus integrantes, constitui inequívoca demonstração do espírito de colegialidade, a ensejar, de um lado, prestígio e confiança ao Tribunal, e a garantir, de outro, previsibilidade e segurança ao jurisdicionado!

Não é tarefa fácil ater-se ao precedente julgamento proferido em caso análogo. O juiz deve, evidentemente, realizar um exercício prévio de hermenêutica das normas jurídicas, que nem sempre são suscetíveis de uma única apreensão intelectual. Como bem assevera Miguel Reale, "enquanto as leis físico-matemáticas têm um rigor e uma estrutura que não dão lugar a interpretações conflitantes, as leis jurídicas, ao contrário, são momentos de vida que se integram na experiência humana e que, a todo instante, exigem um esforço de superamento de entendimentos contrastantes, para que possam ser aplicadas em consonância com as exigências da sociedade em determinado momento e lugar".

O juiz que deixa de lado os padrões esperados ou ao menos previsíveis para julgar com base em suas preferências pessoais está agindo de forma arbitrária e, portanto, contrária ao direito,

Isso não significa, em absoluto, que o julgador deva ser considerado um escravo do passado nem tampouco um déspota do futuro. Mas cabe a ele, ao se afastar do precedente, seja pela obsolescência, seja pela ausência de similitude entre o caso julgado e a hipótese pendente de julgamento, o ônus da justificativa, ao expor a ratio decidendi da respectiva decisão.

Seja como for, o que também observo é que o Tribunal de Justiça de São Paulo, salvo raríssimas situações, não se deixou contaminar pela famigerada

Acesso ao Sumário

"jurisprudência defensiva", que prefiro denominá-la de "jurisprudência perversa", a pretexto de diminuir o número de recursos despreza o exame do mérito do litígio, circunstância que provoca enorme frustração ao jurisdicionado. É dizer, mais vale um recurso a menos do que dar razão a quem tem direito!

Não é, por certo, pela dizimação heterodoxa do acervo de recursos dos Tribunais Superiores que será atendido o princípio fundamental da duração razoável do processo!

Saliente-se, por outro lado, que, com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, tem aumentado, de forma visível, a tensão entre os operadores do direito.

Aliás, essa tensão dialética entre juízes e advogados sempre existiu. Calamandrei, com sua saborosa perspicácia, evoca uma passagem na qual, já afamado jurista, atuava como advogado num inventário, em que sua cliente, muito idosa, precisava receber seu quinhão para poder sobreviver. Foi ele ter com o juiz da causa, expondo o drama pelo qual passava sua constituinte, ponderando que a audiência estava designada para ser realizada a dali 15 meses e solicitava que fosse antecipada. O juiz então verificou a sua agenda e redesignou tal ato processual, diminuindo apenas 1 mês aquele longo período de espera, de 15 para 14 meses, para o dia tal às 16hs. Calamandrei não se conteve e indagou ao juiz, com ironia, Excelência, diante da situação aflitiva que narrei ao Sr., não poderia ser às 14hs?

Tomando como meu o vaticínio do experiente processualista português Miguel Teixeira de Sousa, pode-se afirmar que somente depois da entrada em vigor de um novo diploma processual é que começam as verdadeiras dificuldades.

De fato, inúmeras são as questões polêmicas que têm surgido na praxe forense nos dias atuais decorrentes da exegese do vigente Código de Processo Civil, no que se refere, por exemplo, à audiência de conciliação, à fixação dos honorários, à estabilização da tutela de urgência, à amplitude de cabimento do agravo de instrumento, aos limites objetivos do recurso de apelação, à notória multiplicação do número de sustentações orais e ainda outras, que certamente irão aparecer.

Como tudo na vida, não se deve sofrer por antecipação. Para que o novo diploma processual possa ter uma interpretação convergente e mais consistente, dada a dimensão continental do nosso País, arrisco-me a prever que se exigirá ao menos um prazo de 5 anos.

Nesse entretempo, o melhor caminho é o da tolerância entre todos nós, que pressupõe o ouvir, o se comunicar, o interagir, a fim de que possamos caminhar num sentido de entendimento conciliatório. O outro deve ser encarado não como um indivíduo a ser suportado, mas como alguém – juiz, promotor, advogado – que pode abrir novos horizontes e perspectivas.

A metáfora do "ponto cego", invocada por Marcelo Neves, presta-se a ilustrar esse importante aspecto das nossas relações: embora nem todos sejam capazes de enxergar o "ponto cego", é possível que outra pessoa consiga. Assim, o nosso campo de visão se amplia consideravelmente a partir do momento em que estejamos dispostos a ouvir o que o outro tem a dizer e não simplesmente querer impor a nossa própria interpretação na base da força e da arrogância. Afinal, não há nenhuma pessoa ou grupo social que seja capaz de ter uma visão tão privilegiada e tão abrangente de determinado problema que possa se arrogar no direito de impor a sua própria solução às outras pessoas sem levar em conta o que elas têm a dizer.

Essa visão cooperativa do fenômeno processual passou a ter inclusive previsão legal, no sentido de que a tolerância acima referida sirva igualmente a preservar e acentuar a cordialidade, considerada como um dos valores essenciais ao convívio diuturno da nossa comunidade jurídica.

Dworkin reforça essa perspectiva, na medida em que propõe uma integração entre a ética e a moral, defendendo uma conjugação entre os padrões que prescrevem como tratar os outros e os padrões que prescrevem como nós próprios devemos nos comportar no desempenho do nosso mister.

É hora de finalizar!

Preclaro Presidente, meus Colegas e Amigos, ao encerrar estas palavras desejo, mais uma vez, agradecer ao Colendo Órgão Especial a generosidade em me outorgar este honroso título, colocando-me como par de uma plêiade de juristas ilustres.

Recebo-o em meu nome, pedindo licença ao Dr. Marcos da Costa, para também recebê-lo em nome de todos os Advogados do Estado de São Paulo.

Muito obrigado!

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento por ocasião da outorga do "Colar do Mérito Judiciário" ao Professor Doutor José Rogério Cruz e Tucci (Solenidade realizada em 25.10.2018).

Nós estamos no local que costumo chamar de Sacrário do Poder Judiciário Paulista, neste Salão onde se reúne o Órgão Especial e são tomadas as decisões mais importantes da Corte Paulista e são deliberados os grandes destinos do

Judiciário de São Paulo. Vejo aqui um auditório composto de grandes Advogados, luminares da Advocacia, grandes professores de Direito, futuros Advogados, Juízes e Promotores e Desembargadores aposentados. Todos sendo adjetivados apenas de amigos do Professor Tucci. Todos que se abalaram a comparecer a esta solenidade o fizeram primeiramente em razão da gostosa amizade que têm em relação ao nosso homenageado. Afora isso, todos vieram pela grande admiração por este modelo e paradigma de ser humano, de chefe de família, de pai, marido, genro e filho do nosso Professor Rogerio Lauria Tucci, de grande cultor do Direito.

É um dos maiores conhecedores da história do Direito da nossa Faculdade. Lá se bacharelou, fez o mestrado, doutorou-se na Universidade de Roma, livre docência e depois a titularidade. Ao longo desses largos anos exerceu intensa advocacia, em que sempre se destacou pela lhaneza no trato, pela firmeza na defesa de suas posições, pela profundidade com que exerceu o seu honroso mister, pela ética, pelo compromisso moral e, notadamente, pelo exemplo de grande Advogado paulista. Exerce a Advocacia em São Paulo, nos Tribunais Superiores, sempre atuando de uma forma extremamente lhana, que só o dignifica.

A par disso, como Professor respeitado e adorado por seus alunos, que exerce o Magistério a largos anos, chegando ao posto mais elevado da velha Academia de São Francisco, como seu Diretor, onde pontuou em uma gestão magnífica. Tive oportunidade de conviver com o Professor Rogerio Tucci na nossa Congregação da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco e vi como o nosso Diretor dirigiu com maestria a tomada de difíceis deliberações da mais tradicional Faculdade de Direito do nosso País. Sou aqui um porta-voz dos alunos (dos nossos alunos) porque sei que estou prestando um testemunho do grande comprometimento e dedicação que o Professor Tucci tem com a Cátedra, da mesma forma que o fez na Advocacia, na direção da Faculdade e na Associação dos Advogados de São Paulo.

Eu falo também em nome do Tribunal de Justiça de São Paulo, na condição de porta-voz de todos os Juízes paulistas, dos quais um número extremamente elevado Vossa Excelência foi Professor e serviu de paradigma como estudante e estudioso do Direito, como educador e como Advogado. Nós precisamos de grandes modelos paradigmáticos, que sirvam de farol, para que as futuras gerações saibam quais valores devem ser seguidos no exercício das mais variadas profissões.

Acesso ao Sumário

Por isso, Professor Tucci, tenho certeza que o seu pai do alto está vivendo este momento espiritualmente e o está abençoando, sabendo que o senhor honrou a beca de Professor e de Advogado. E dizer que o Tribunal de Justiça concedeu-lhe em votação unânime o Colar do Mérito Judiciário, que foi instituído por uma resolução de 1973 para galardoar aqueles que prestaram relevantes serviços à

cultura jurídica do nosso País, por Vossa Excelência encarnar exatamente o espírito que é a pedra angular da concessão. Os serviços que Vossa Excelência prestou ao longo de sua profícua vida de Advogado, educador e amigo fazem com que seja um exemplo a ser trilhado pelos novos cultores do Direito. Não fosse assim, todos esses amigos não estariam aqui para abraçá-lo e para dizer que estão de acordo com essa deliberação proposta pelo Desembargador Jayme Queiroz Lopes Filho, que encontrou acolhida, alegria, honra e satisfação em todos aqueles que compõem o Poder Judiciário do Estado de São Paulo, bem como, tenho certeza, de toda a Advocacia paulista, do Ministério Público, e, principalmente, dos Professores de Direito do nosso País.

Que Vossa Excelência continue com sua profícua carreira em todas as áreas que atua, continue a servir de exemplo para todas as gerações presentes e futuras. Que Deus abençoe Vossa Excelência e sua linda família.

Muito obrigado.

Acesso ao Sumário