REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 30 – ANO 5

NOVEMBRO E DEZEMBRO 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 22
b) Agravos de Instrumento 32
c) Agravos Internos 101
d) Apelações 109
e) Embargos de Declaração 294

Seção de Direito Público

a) Ações Rescisórias 314
b) Agravos de Instrumento 339
c) Agravos Internos 363
d) Apelações 365
e) Apelações/Remessas Necessárias 481
f) Embargos de Declaração 501
g) Remessas Necessárias 513

2- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos em Execução Penal 529
b) Apelações 539
c) Embargos de Declaração 629
d) Embargos Infringentes e de Nulidade 633
e) *Habeas Corpus* 635
f) Mandados de Segurança 648
g) Recursos em Sentido Estrito 653
h) Remessas Necessárias 672
i) Revisões Criminais 675
j) Termos Circunstanciados 680

3- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 683
b) Agravos Internos 723
c) Arguições de Inconstitucionalidade 735
d) Conflitos de Competência 745
e) Mandados de Segurança 772

4- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Agravos de Instrumento 819
b) Agravos Internos 822
c) Apelações 828
d) Apelações/Reexames Necessários 842
e) Conflitos de Competência 845
f) Conflitos de Jurisdição 858
g) Remessas Necessárias 863

5- Câmara Especial de Presidentes 886
6- Conselho Superior da Magistratura 918
7- Noticiário 931

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. 30, nov./dez. 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

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**
Desembargadora MARIA SALETE CORRÊA DIAS*

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 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 EDGARD Silva ROSA
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 Eduardo AZUMA NISHI
Desembargadora CARMEN LÚCIA DA SILVA**
Desembargadora MARIA CLÁUDIA BEDOTTI*

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
Desembargadora 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 2236153-92.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor ITAÚ UNIBANCO S/A, é ré ISLEI MARON.

ACORDAM, em 11º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram improcedente a primeira parte, e extinguiram da segunda parte da ação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39790)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), ROBERTO MAC CRACKEN, MAIA DA ROCHA, SÉRGIO RUI, ALBERTO GOSSON e SILVEIRA PAULILO.

São Paulo, 8 de outubro de 2018.

ITAMAR GAINO, Relator

Ementa: Rescisória - Cumprimento de sentença - Ação Civil Pública - Poupança - Expurgo inflacionário - Poupador - Legitimidade - Filiação - Juros moratórios.

1 - Para comprovação da legitimidade ativa do credor-poupador na execução de sentença proferida em ação civil pública é despicienda a prova de vínculo associativo.

2 - Tendo o acórdão rescindendo, proferido em fase de execução, apenas repetido a solução dada na sentença da ação civil pública à questão da contagem dos juros remuneratórios, mostra-se juridicamente inviável a ação rescisória, por falta de interesse de agir.

Ação improcedente em sua primeira parte e extinta, sem apreciação do mérito, na segunda.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação rescisória ajuizada por Itaú Unibanco S/A em face de Islei Maron, com fundamento no inciso V, do artigo 485 do Código de

Processo Civil, sob a alegação, em síntese, de que *"violou o inciso XXI do art. 5º da Constituição Federal e o 2º-A da Lei nº 9.494, de 1997 (introduzido no ordenamento jurídico em 11.2.1999 por meio da Medida Provisória nº 1.798-1), ao afirmar que não haveria exigência legal para que os exequentes, ora réus, fossem filiados ao IDEC"; "violou os arts. 58 e 1265 do Código Civil de 1916 e art. 15, inciso I, da Lei nº 4.380, de 1964, ao determinar que os juros remuneratórios sejam calculados até o efetivo pagamento e não apenas até encerramento da conta". "Hoje, o STF e o STJ reconhecem que somente podem se beneficiar da coisa julgada que se formou com a sentença que julgou a ação civil púbica ajuizada por associação civil (tal como é o IDEC) aqueles que eram filiados e manifestaram sua anuência ao tempo do ajuizamento da ação..."*. Portanto, *".. as decisões que negaram a necessidade de tal filiação, violam os textos da Constituição e do art. 2º - A da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997"*.

Citada, a ré apresentou contestação levantando preliminar de carência de ação e impugnando o valor atribuído à causa. O Ministério Público deixou de oferecer parecer (cf. p. 334).

É o relatório.

I - A preliminar suscitada na contestação confunde-se com o mérito e com ele será apreciada e decidida.

II - O valor atribuído à causa, de R$ 61.086,23, não deve ser mantido, pois, como demonstrado pela ré e se colhe da r. decisão cuja rescisão se pretende (cf. p. 156/159), o autor foi condenado a efetuar o pagamento de R$ 76.397,73, em 22/03/2013, o qual, atualizado pela Tabela do Tribunal de Justiça e acrescido de juros legais resulta na importância de R$ 121.588,20, em novembro de 2017 (cf. p. 287).

Essa última quantia, portanto, correspondente à importância atualizada pretendida pela ré no cumprimento de sentença de procedência da Ação Civil Pública nº 583.00.1994.700584-0, promovida pelo IDEC - Instituto de Defesa do Consumidor em face do Banestado.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

"*Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em regra, o valor da causa na ação rescisória deve corresponder ao da ação originária, corrigido monetariamente, excetuando-se a hipótese em que o réu demonstra concretamente que o benefício patrimonial perseguido no juízo rescisório é superior, caso em que prevalecerá este último montante*".

É o que consta do Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.675.609/ES, rel. Min. Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região) e publicado no DJe de 10/05/2018.

Assim, acolhe-se a impugnação determinando a complementação do

Acesso ao Sumário

recolhimento de custas.

III - Do acórdão rescindendo, de 26.08.2013, decorrente do Agravo de Instrumento nº 0137381-02.2013.8.26.0000, da lavra do Desembargador Virgílio de Oliveira Júnior, ilustre integrante da 21ª Câmara deste Tribunal de Justiça de São Paulo, no que interessa para o exame e desate da controvérsia, colhe-se o seguinte:

"*Agravo interposto pelo banco contra a r. decisão que, na fase de liquidação de sentença de demanda que versa sobre a reposição dos expurgos inflacionários e, após remessa dos autos à d. Contadoria, fixou o montante devido pela instituição financeira em R$ 76.397,63, valor a ser atualizado pela Tabela Prática do Tribunal desde 22.03.2013. Ao encerrar a fase de habilitação de sentença o d. Juiz 'a quo' afastou as teses do banco de ilegitimidade ativa dos poupadores por não serem filiados ao Idec e por não residirem na Comarca de São Paulo, bem como afastou a tese da prescrição [fls. 758/763]. Busca o recorrente a reforma da r. decisão pugnando, preliminarmente, pela suspensão da demanda com base na decisão proferida pelo Ministro Dias Toffoli, que a parte não possui legitimidade ativa pois, não era filiada ao Idec à época da propositura da demanda, não reside na Comarca da Capital e que a conta discutida nos autos não é de São Paulo, sustenta, ainda, estar prescrita a pretensão da autora. No mérito, aponta excesso de execução. Bate-se o banco pela aplicação do índice de 42,72% do Plano Verão, e pela impossibilidade de inclusão dos outros expurgos inflacionários. Aduz que os juros remuneratórios devem ser aplicados apenas pelo período em que as contas permaneceram ativas, com a posterior correção dos valores pela Tabela Prática desta e. Corte Bandeirante, e que o termo inicial dos juros de mora devem ser contados a partir da citação para o procedimento de execução de sentença. Processado o recurso.*

É o relatório.

O banco agrava da r. decisão que, na fase de liquidação de sentença de demanda que versa sobre a reposição dos expurgos inflacionários e, após remessa dos autos à d. Contadoria, fixou o montante devido pela instituição financeira em R$ 76.397.63 valor a ser atualizado pela Tabela Prática do Tribunal desde 22.03.2013. Ao encerrar a fase de habilitação de sentença o d. Juiz 'a quo' afastou as teses do banco de ilegitimidade ativa dos poupadores por não serem filiados ao Idec e por não residirem na Comarca de São Paulo, bem como afastou a tese da prescrição [fls. 758/763].

Agora, busca o banco a reforma da r. decisão pugnando, preliminarmente, pela suspensão da demanda com base na decisão proferida pelo Ministro Dias Toffoli, que a parte não possui legitimidade ativa pois, não era filiada ao Idec à época da propositura da demanda, não reside na Comarca da Capital e que a

Acesso ao Sumário

conta discutida nos autos não é de São Paulo, sustenta, ainda, estar prescrita a pretensão da autora. No mérito, aponta excesso de execução. Bate-se o banco pela aplicação do índice de 42,72% do Plano Verão, e pela impossibilidade de inclusão dos outros expurgos inflacionários. Aduz que os juros remuneratórios devem ser aplicados apenas pelo período em que as contas permaneceram ativas, com a posterior correção dos valores pela Tabela Prática desta e. Corte Bandeirante, e que o termo inicial dos juros de mora devem ser contados a partir da citação para o procedimento de execução de sentença".

Especificamente em relação legitimidade da ré para postular seu crédito com base na ação civil pública, o acórdão rescindendo manifestou-se nos seguintes termos:

"*Quanto ao fato do exequente não ser filiado ao Idec, não há nenhuma exigência legal nesse sentido. Isso por que a r. decisão prolatada na ação coletiva não individualiza as pessoas que poderão usufruir da condenação, sejam elas associadas ou não da entidade legitimada à propositura da ação. Note-se ainda que o artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor legitima 'os interessados' a promoverem a habilitação de seu crédito, novamente aqui, nenhuma ressalva é feita*".

O autor, no entanto, alega não ser possível prevalecer o mencionado posicionamento, uma vez que "*Hoje, o STF e o STJ reconhecem que somente podem se beneficiar da coisa julgada que se formou com a sentença que julgou a ação civil pública ajuizada por associação civil (tal como é o IDEC) aqueles que eram filiados e manifestaram sua anuência ao tempo do ajuizamento da ação. Mais relevante ainda, afirmam que as decisões que negam a necessidade de tal filiação violam os textos da Constituição e do art. 2º - A da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997*".

É certo, porém, que, apreciando essa temática, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 987.900/MS, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze e publicado no Diário de Justiça eletrônico de 22 de fevereiro de 2018, decidiu o seguinte:

"*A jurisprudência da Segunda Seção, no julgamento dos REsps nº 1.243.887/PR e 1.391.198/RS, relatados pelo Ministro Luis Felipe Salomão e submetidos à sistemática dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC/1973), consolidou o entendimento de que a sentença proferida na ação civil pública, a qual condenou determinado banco ao pagamento de diferenças decorrentes de expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, é aplicável, por força da coisa julgada, indistintamente a todos os detentores de caderneta de poupança daquela instituição financeira, independentemente de sua residência ou domicílio no órgão prolator; e de que os poupadores ou seus sucessores detêm legitimidade ativa - independentemente de fazerem parte ou não dos*

Acesso ao Sumário

quadros associativos, no caso, do Idec de ajuizarem o cumprimento individual daquela sentença coletiva no órgão prolator ou em foro diverso deste".

No mesmo sentido, é o que se colhe do julgamento do Agravo de Instrumento nº 2013861-97.2015.8.26.00000, de relatoria do Desembargador Flávio da Cunha Silva, da 38ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal, e julgado na data de 23 de maio de 2018, também extraído de cumprimento de sentença proferida na Ação Civil Pública nº 583.00.1994.700584-0.

Ademais, no Recurso Extraordinário 612.043/PR, relativo a ação coletiva, ao qual se atribuiu repercussão geral, julgado em 10/05/2017, o Relator, Ministro Marco Aurélio, fez consignar:

"*Presidente, apenas para ressaltar os parâmetros objetivos do caso e, também, o subjetivo: a ação ajuizada foi ordinária e não civil pública.*

Portanto, não estamos a discutir a representação pela associação, considerada a ação civil pública. E o Tribunal de origem, então, assentou serem beneficiários, em termos de representação, aqueles associados residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador que já o eram, ou seja, já guardavam a qualificação de associados, na data do ajuizamento.

Pronunciei-me, no voto - e não foi um voto muito longo, porque é preciso, em benefício dos jurisdicionados, conciliar celeridade e conteúdo -, no sentido do desprovimento do recurso, sublinhando este dado: não se está ante situação jurídica retratada em ação civil pública".

Diante de tudo isso, a conclusão que forçosamente se extrai é de que a ré tem, sim, legitimidade para postular seu crédito decorrente de caderneta de poupança, não alcançando relevo a circunstância de não ser filiada ao IDEC, autor da ação civil pública, visto que esta envolveu interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum, beneficiando, portanto, todos os poupadores da instituição financeira.

IV - Quanto à questão tocante à contagem dos juros remuneratórios, o Banco é carecedor desta ação rescisória, por falta de interesse de agir.

O acórdão rescindendo contém o seguinte registro:

"*Quanto aos juros remuneratórios, eles são da essência do contrato de poupança, e por isso devidos, na base de 0,5% ao mês, de forma capitalizada, e devem ser contados desde a data do expurgo pelo plano econômico até o efetivo pagamento.*

Sobre o tema, o STJ já firmou entendimento de que 'direito de receber juros remuneratórios pela diferença de correção que não lhes foi paga, desde o vencimento, e juros moratórios, desde a citação' [cf. STJ, RESP 466732/SP, j. 24/06/2003, 4ª Turma, rel. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 08/09/2003, p. 337].

(...)

Acesso ao Sumário

Assim, no caso de poupança, incidirá, além dos expurgos e correção monetária, os juros remuneratórios contratuais até a data da quitação do principal mais os juros moratórios, devidos desde a citação no processo cognitivo até o efetivo pagamento, e serão calculados na base de 0,5% ao mês na vigência do Código Civil de 1916 e de 1% ao mês a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2003".

Esses fundamentos decorrem, na verdade, do que claramente fora decidido na sentença da ação civil pública, *in verbis*: "*Os juros serão aplicados de acordo com as normas de caderneta de poupança acrescidos dos juros moratórios de 1%, contados da data em que deveria ser realizado o crédito até a data em que for pago.*"

Trata-se, pois, de questão coberta pela coisa julgada decorrente da ação civil pública, que não pode ser reavivada, em sede de ação rescisória, na fase de cumprimento da sentença.

O acórdão rescindendo não decidiu matéria nova, não tratada anteriormente no processo de conhecimento. Apenas manteve aquilo que já havia sido deliberado, com trânsito em julgado.

V - Ante o exposto, determinando a complementação do valor das custas, em razão do acolhimento da impugnação ao valor atribuído à causa, julga-se improcedente a presente ação rescisória em sua primeira parte, ficando extinta, sem apreciação de mérito, quanto à segunda, carreando-se para o autor o pagamento das custas e despesas processuais, bem ainda dos honorários advocatícios, fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2163127-56.2018.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é autora NIVALDETE EVA FERREIRA COSTA, é réu ITAÚ UNIBANCO S/A.

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. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28092)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO GIAQUINTO (Presidente), CARLOS ABRÃO, NELSON JORGE JÚNIOR, TAVARES DE ALMEIDA, MELO COLOMBI, ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA e HERALDO DE OLIVEIRA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 11 de outubro de 2018.
FRANCISCO GIAQUINTO, Relator

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA - Justiça gratuita indeferida - Ausência de pagamento da taxa judiciária prevista no art. 4º, I, da Lei nº 11.608/2003 e depósito do valor correspondente a 5% do valor da causa, nos termos do art. 968, II, do CPC - Autora sem recolher as custas judiciais, apenas peticionou renovando o pedido de assistência judiciária gratuita - Falta de pressuposto de admissibilidade da ação rescisória - Indeferimento da petição inicial, nos termos dos artigos 321, parágrafo único, 330, IV e 968, §3º, todos do CPC/2015 - Inicial indeferida.

VOTO

Trata-se de ação rescisória ajuizada por **NIVALDETE EVA FERREIRA COSTA** em face de **ITAÚ UNIBANCO S/A**, de acórdão proferido pela C. 14ª Câmara de Direito Privado do TJSP, que negou provimento a recurso de apelação interposto pela autora de sentença que julgou improcedente ação declaratória de inexigibilidade de débito (proc. nº 1016499-20.2014.8.26.0562), alegando ofensa ao art. 966, VI, do CPC/2015.

Assevera a autora ajuizou ação declaratória em face do Banco réu objetivando reconhecimento judicial de inexigibilidade de parcelas de contrato de empréstimo, cuja origem alega desconhecer, julgada improcedente por r. sentença proferida pela 7ª Vara Cível de Santos/SP, mantida integralmente em sede de apelação por acórdão da C. 14ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal. Entretanto, laudo pericial grafotécnico produzido em inquérito policial para apuração do crime de estelionato constatou serem falsas as assinaturas da autora lançadas no instrumento contratual questionado. Entende, assim, caso de rescisão do acórdão, com base no art. 966, VI, do NCPC, julgando-se procedente a ação nesse sentido.

A relatoria determinou emenda da petição inicial para correta indicação dos fundamentos jurídicos e pedido da rescisória, assim como determinou fosse exibido cópia da última declaração do imposto de renda da autora para análise da justiça gratuita (fl. 184).

A autora juntou os documentos de fls. 189/195, sendo a justiça gratuita indeferida por decisão de fl. 197, oportunizando prazo para recolhimento da taxa judiciária, sem prejuízo do depósito da importância de 5% (cinco por cento) do valor da causa (art. 4º, §1º da Lei nº 11.608/2003 c.c. art. 488, II, do NCPC), sob

Acesso ao Sumário

as penas da lei.

Sobreveio manifestação da autora pedindo reconsideração da referida decisão que indeferiu a justiça gratuita (fls. 202/208).

É o relatório.

VOTO.

Trata-se de ação rescisória, com fundamento no art. 966, VI, do CPC/2015, objetivando a rescisão de acórdão proferido pela C. 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal que negou provimento a recurso de apelação da requerente, interposto de sentença que julgou improcedente ação declaratória de inexigibilidade de débito ajuizada em face do réu (autos nº 1016499-20.2014.8.26.0562).

Indefere-se a petição inicial, nos termos dos arts. 321, § único; 330, IV e 968, §3º, do CPC/2015.

Sobre os requisitos específicos da petição inicial da ação rescisória, reza o art. 968 do Novo Código de Processo Civil:

"***A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 319 do CPC, devendo o autor:***

I - cumular ao pedido de rescisão, se for o caso, o de novo julgamento da causa;

II - depositar a importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, que se converterá em multa caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível ou improcedente".

Cumpre observar que o depósito de 5% a que alude o art. 968, II, do CPC/2015, bem como o recolhimento da taxa judiciária, constituem verdadeiros requisitos de admissibilidade da ação rescisória, cujo escopo é preservar a seriedade de sua propositura, obstando a utilização indiscriminada em hipóteses não previstas em lei, de modo a comprometer a segurança jurídica das próprias decisões transitadas em julgado.

A propósito, o STJ já decidiu:

"***O depósito de 5% é requisito de admissibilidade da Ação Rescisória, não podendo o Magistrado quedar-se inerte em razão do claro desrespeito ao disposto no art. 488, II, do CPC, sob pena de banalizar o instrumento rescisório e abalar a segurança social advinda da coisa julgada***". (AgRg na AR 3.466/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2007, DJe 15/06/2009)

Ademais, colhe-se do voto condutor a seguinte referência às preleções do Min. Luiz Fux:

"***O escopo da jurisdição, como tantas vezes reiterado, é a imutabilidade do julgado como fator de estabilidade e segurança social. Em decorrência,***

Acesso ao Sumário

a desconstituição do julgado é medida excepcional e que exige significativo controle do Judiciário, para que não se transforme a ação rescisória em recurso extremo.

Consequência dessa preocupação é a inserção na lei, como 'pré-requisito à admissibilidade da demanda rescisória', a comprovação do 'depósito de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa', a título de multa, caso a ação promovida seja, por 'unanimidade, declarada inadmissível ou improcedente' (art. 488, II, k do CPC). (Curso de Direito Processual Civil, vol. I, Editora Forense, 3ª ed., pág. 862, grifei)."

No caso, a justiça gratuita foi indeferida pela relatoria (decisão de fl. 197), oportunizando à autora prazo para recolhimento da taxa judiciária, sem prejuízo do depósito da importância de 5% (cinco por cento) do valor da causa, sob as penas da lei.

A decisão foi veiculada no DJe de 31/8/2018 (fl. 198), deixando a autora, todavia, de comprovar o recolhimento das custas processuais no prazo legal, conforme certificado a fl. 199, limitando-se a autora a manifestar-se pedindo a reconsideração da decisão que indeferiu a benesse (fls. 202/208).

Nesse contexto, nítida a ausência de pressuposto de admissibilidade da ação rescisória, diante da ausência de recolhimento das custas judiciais, como referido.

Impende ressaltar que a repetição do pedido ou pedido de reconsideração não suspende ou interrompe a fluência do prazo para interposição de recurso objetivando o reexame da decisão.

A propósito, tranquila jurisprudência do STJ: ***PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NATUREZA DE PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERRUPÇÃO DO PRAZO RECURSAL. PRECEDENTES. 1. É firme a jurisprudência do STJ no sentido de que o pedido de reconsideração não tem o condão de interromper o prazo para interposição do competente recurso. Aplicação da Súmula 83/STJ. 2. Agravo Regimental não provido.*** (AgRg no Resp 1419810/MG, Rel Min. Herman Benjamin, j. 20/2/2014).

Assim, descumpridos os requisitos de admissibilidade da ação rescisória, em razão do desatendimento injustificado da decisão de fl. 197, caso de indeferimento da petição inicial, nos termos dos artigos 321, parágrafo único, 330, IV e 968, §3º, do CPC/2015.

Nesse sentido, precedentes do TJSP:

AÇÃO RESCISÓRIA - Pressuposto de admissibilidade - Indeferimento da gratuidade da justiça - Determinação de recolhimento do valor de 5% do valor da causa, art. 488, II do CPC, bem como as custas iniciais da ação rescisória, no prazo de dez dias, sob pena de indeferimento do

Acesso ao Sumário

processamento - Recorrente que apresenta pedido de reconsideração no fim do prazo de dez dias - Pedido de reconsideração que não interrompe nem suspende prazos - Ausência do recolhimento Petição inicial indeferida. (Relator(a): Achile Alesina; Comarca: São José do Rio Preto; Órgão julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 09/12/2015; Data de registro: 11/12/2015).

CUSTAS INICIAIS - Pedido de justiça gratuita - Determinado que o autor apresentasse documentação para a comprovação da hipossuficiência financeira alegada ou recolhesse as custas judiais - Inércia do autor - Cancelamento da distribuição - Inconformismo - Possível ao Juiz determinar que o apelante comprove o preenchimento dos pressupostos para a concessão do benefício requerido - Sentença mantida - Recurso não provido (TJSP; Apelação 1026646-55.2016.8.26.0071; Relator (a): Heraldo de Oliveira; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro de Bauru - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/08/2017; Data de Registro: 28/08/2017)

Ação Rescisória - ausência do depósito judicial de 5% do valor da causa em concomitância a interposição da demanda - Esse depósito e as custas na verdade constituem pressupostos de formação e desenvolvimento válidos da rescisória, sem os quais o indeferimento da inicial se afigura medida inevitável a expressa dicção do artigo 490, inc. II, do CPC - Indeferimento da petição inicial, com a extinção do processo sem resolução de mérito, com base nos artigos 267, I e 290, II ambos do CPC. (Relator(a): Moreira Viegas; Comarca: Araçatuba; Órgão julgador: 3º Grupo de Direito Privado; Data do julgamento: 03/12/2015; Data de registro: 04/12/2015)

AÇÃO RESCISÓRIA - Omissão no depósito da multa prevista no artigo 488, II, CPC. Ausência de pressuposto de conhecimento da pretensão inicial. Indeferimento da petição inicial. Artigo 490, II do CPC. (Relator(a): Edson Luiz de Queiróz; Comarca: Guarulhos; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 23/09/2015; Data de registro: 29/09/2015)

Ação rescisória. Depósito inicial não recolhido. Exigência do art. 488, II, do CPC. Ausência do depósito que acarreta o indeferimento da petição inicial. Art. 490, II, do CPC. Desnecessidade de intimação pessoal do autor para efetuar o recolhimento antes da extinção do feito sem resolução do mérito. Providência exigida apenas nas hipóteses de extinção previstas no art. 267, II e III. Precedentes do STJ. Petição inicial indeferida. (Relator(a): Carlos Violante; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 1º Grupo de Direito Público; Data do julgamento: 18/08/2015; Data de registro: 01/09/2015)

Acesso ao Sumário

RESCISÓRIA - Deserção - Ausência de recolhimento das custas devidas em razão do ajuizamento da ação, bem como do depósito aludido no inciso II do artigo 488 do CPC - Indeferimento da petição inicial, com fulcro no artigo 490, incisos I e II, do CPC - Ação julgada extinta, sem apreciação do mérito. (Relator(a): Souza Lopes; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 19/08/2015; Data de registro: 20/08/2015)

Ante o exposto, **indefiro a petição inicial**, nos termos dos arts. 321, § único; 330, IV e 968, § 3º, do CPC/2015, **julgando-se extinta a ação rescisória, sem resolução de mérito**, nos termos do art. 485, I, do CPC/2015. Custas pela autora.

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2204316-14.2018.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante R.E.J., é agravado F.A.D.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23320)**

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

São Paulo, 29 de outubro de 2018.

GIFFONI FERREIRA, Relator

Ementa: ALIMENTOS - EXONERAÇÃO - OBRIGAÇÃO DEVIDA À EX-CÔNJUGE - PRESTAÇÃO ATÉ ATINGIMENTO DE AUTONOMIA FINANCEIRA - SUPRESSÃO DA DEPENDÊNCIA - DECISÃO MANTIDA - AGRAVO IMPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de AGRAVO DE INSTRUMENTO, a postular o recorrente por modificação do R. despacho de fls., que ordenara de dispensar a parte Alimentante do pensionamento devido à Autora, contra o que se insurge, buscando gratuidade e modificação; aponta da indevida exoneração sem contraditório, detendo a insurgente fibromialgia degenerativa e progressiva, incapaz para ao labor, coisa que já fora anteriormente decidida definitivamente, dando conta de outras afecções, nem podendo laborar para o que formada, Engenharia e Direito.

Recurso bem processado. Respondido.

Esse o brevíssimo relato.

Com efeito, o recurso não merece provimento; aqui se cuidam de alimentos transitórios - que se destinam a perdurar até o momento em que o titular de tais provimentos seja capaz de prover por sua autonomia financeira, tendente a superar o desequilíbrio econômico provocado pela ruptura do vínculo conjugal.

Pois bem: quando dissolvido o casamento pelo divórcio, operar-se-á em consequência, a extinção do dever de mútua assistência, não remanescendo qualquer vínculo entre os ex-cônjuges, tanto que desimpedidos de constituir nova união. Dar-se-á, portanto, incontornável ruptura, no que concerne a quaisquer deveres e obrigações inerentes ao vínculo conjugal. O dever de mútua assistência que perdura ao longo da união protrair-se-á no tempo, mesmo após o término da sociedade conjugal, somente quando houver o binômio necessidade "versus" possibilidade.

Assim, o que se vê do conjunto fático dos autos, é que o Autor não mais possui condições de manter alimentos sem prejuízo de sua subsistência, e a Ré não mais está necessitada deles, já que trabalha, detém poderio econômico suficiente para sua sobrevivência, e com patrimônio considerável - o que manifestamente exclui a sua dependência e carência financeira - requisitos obrigatórios para a continuidade da obrigação excepcional aqui discutida.

Ver entendimento acolhido por esta Câmara da lavra do E. Desembargador Álvaro Passos: "*Vencidos os laços matrimoniais, cada qual deve buscar vencer as adversidades naturais da vida segundo sua capacidade e esforço. Daí porque é possível a exoneração dos alimentos a ex-cônjuge quando restar afastada a sua total incapacidade para se manter*" (Apelação 0004726.47.2011).

De aí que, em verdade, não há mesmo prova suficiente para que se dê pela mantença da obrigação alimentícia.

NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2176748-23.2018.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante SINDICATO DOS PRÁTICOS DE FARMÁCIA E DOS EMPREGADOS NO COMÉRCIO DE DROGAS, MEDICAMENTOS E PRODUTOS FARMACÊUTICOS, é agravado MARCELO VIANA DE OLIVEIRA JUNIOR.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31364)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCIA DALLA DÉA BARONE (Presidente sem voto), ALVARO PASSOS e GIFFONI FERREIRA.

São Paulo, 1º de novembro de 2018.

JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Cumprimento de sentença. Justiça Gratuita. Pessoa jurídica. Decisão agravada que indeferiu o pedido de concessão de gratuidade. Inconformismo.

Possibilidade de concessão em casos excepcionais. Recorrente que, todavia, não demonstrou estado de penúria e impossibilidade de recolhimento do montante do preparo recursal. Súmula 481 do STJ.

Alegação de redução da receita auferida pelo sindicato a título de contribuição sindical, após a Reforma Trabalhista, rechaçada em diversos precedentes recentes deste Tribunal. Demais circunstâncias do caso concreto não recomendam a concessão da gratuidade.

Necessidade de recolhimento do preparo recursal, uma vez reconhecido o insucesso da pretensão. R. decisão confirmada. Negado provimento ao recurso, com observação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito ativo, interposto em face da r. decisão copiada a fls. 125/126, que, em cumprimento de sentença,

indeferiu a gratuidade da justiça pleiteada.

Aduz o agravante que juntou os documentos comprobatórios da situação de hipossuficiência e precariedade financeira; não ter condições de recolher as custas processuais; o cerceamento do seu direito constitucional de acesso à justiça; que a arrecadação das entidades de trabalhadores com imposto sindical diminuiu 80% em 2018; não ter sido concedido prazo para a juntada de provas consideradas necessárias pelo juízo.

O efeito suspensivo/ativo foi concedido para ser evitado eventual arquivamento até o julgamento do presente recurso.

Sem contraminuta.

É o relatório.

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

A r. decisão agravada bem proclamou o indeferimento da Assistência Judiciária.

Afinal, nos termos da Súmula nº 481 do STJ, a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos deve sempre demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais, não gozando de presunção de hipossuficiência.

A lei processual também prevê requisitos à concessão da gratuidade, dentre os quais se destaca a "insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios" (CPC/2015, art. 98, *caput*).

É certo que essa insuficiência deve ser comprovada pela parte que pleiteia a concessão da benesse processual. Isso porque o Magistrado não é simples autômato no exame dos pedidos que lhe são dirigidos, podendo se servir dos diversos elementos constantes dos autos como parâmetro de sua apreciação ao motivar a sua decisão.

Sob esse enfoque, não se vislumbra elementos de cognição que permitam concluir a momentânea impossibilidade financeira no recolhimento das custas processuais. Isso porque não há comprovação da alegada insuficiência de recursos.

Vale lembrar que a agravante litigou durante toda a fase de conhecimento, e quase todo o cumprimento de sentença, sem os benefícios da justiça gratuita.

O único argumento trazido pela agravante é a recente "Reforma Trabalhista", que promoveu redução da receita auferida pelo sindicado exequente a título de contribuição sindical.

Com efeito, a Lei nº 13.467/2017 que instituiu a "Reforma Trabalhista" alterou o artigo 579 da Consolidação das Leis do Trabalho para tornar facultativa a contribuição sindical.

Todavia, tal fato, por si só, não impõe a presunção de hipossuficiência

Acesso ao Sumário

financeira da parte. Não basta alegar isoladamente que houve redução das receitas do sindicato. A alegada hipossuficiência deve ser comprovada.

No caso concreto, os documentos que instruíram o presente não possibilitam concluir, com a necessária dose de certeza, que o sindicato não reúne condições de arcar com as despesas processuais. Ao contrário.

Observa-se que apesar de os balanços de 2016 e 2017 (fls. 91/96) indicarem sensível redução das receitas do sindicato, tem-se que o extrato bancário de fls. 97 e seguintes apresenta intensa movimentação financeira, com grande volume de créditos e débitos.

Aliás, este E. Tribunal de Justiça julgou recentemente diversos recursos igualmente interpostos pelo sindicato ora agravante, e rechaçou a concessão da gratuidade sob o fundamento de redução da receita sindical (cfr. Agravo de Instrumento nº 2133179-69.2018.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Rodolfo Pellizari, j. 13/08/2018, V.U.; Agravo de Instrumento nº 2148259-73.2018.8.26.0000, 5ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Erickson Gavazza Marques, j. 09/08/2018, V.U.; Agravo de Instrumento nº 2175661-32.2018.8.26.0000, rel. Des. Francisco Loureiro, V.U.; Agravo de Instrumento nº 2145053-51.2018.8.26.0000, 2ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Marcia Dalla Déa Barone, j. 08/08/2018, V.U.).

Todos os julgados acima negaram a concessão dos benefícios da justiça gratuita à agravante, no bojo de outras demandas, deixando claro que a redução da verba recebida a título de contribuição sindical é insuficiente à concessão da almejada gratuidade.

Portanto, cabia à agravante que litigou durante toda a fase de conhecimento e boa parte do cumprimento de sentença sem os benefícios da gratuidade demonstrar agora, de forma clara e objetiva, os motivos que teriam alterado sua capacidade financeira, e desse ônus não se desincumbiu.

Com essas considerações, fica mantida a decisão que indeferiu o benefício da gratuidade.

Como consequência lógica do indeferimento do benefício da assistência judiciária pleiteada, indispensável o pagamento do valor relativo ao preparo do agravo de instrumento interposto.

Evidentemente, se a parte que recorre não se sujeita no momento da interposição do recurso ao recolhimento do preparo, porque alega justamente que não tem condições econômicas para tanto, eventual confirmação da denegação do benefício resulta na obrigação de efetivar o pagamento do qual foi inicialmente dispensado.

Sendo assim, nos termos do art. 102 do CPC, após o trânsito em julgado, deverá a parte providenciar, em trinta dias, o recolhimento do preparo do agravo de instrumento, sob pena de inscrição na dívida ativa.

Do exposto, nega-se provimento ao recurso, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2110641- 94.2018.8.26.0000, da Comarca de São Caetano do Sul, em que é agravante SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE, são agravados MAURICIO BORTOLIN PEREIRA e MARICENE DE PAULA PEREIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40790)**

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

São Paulo, 1º de novembro de 2018.

RUI CASCALDI, Relator

Ementa: TUTELA ANTECIPADA - Plano de saúde - Decisão que deferiu pedido liminar para sustar a exigibilidade de reajuste por mudança de faixa etária aplicado à mensalidade do plano de assistência médico-hospitalar - Inconformismo da operadora ré - Não acolhimento - Adequação da majoração aos termos da Resolução CONSU nº 6/1998 e aos termos do acórdão do REsp 1.568.244-RJ, representativo de repetitivos, é questão ínsita ao mérito da demanda, a ser resolvida quando do julgamento em cognição exauriente - Verossímil a alegação de abusividade deslindada pelos autores, tendo em vista que em razão da mudança de um dos coautores à sétima e derradeira faixa etária a contraprestação pecuniária a ele relativa mais que dobrou, sendo factível o risco de inviabilização de continuidade de seu pagamento - Atendidos os requisitos do art. 300 do Código de Processo Civil - Multa cominatória fixada em montante razoável, levando-se em conta a notória capacidade econômica da operadora recorrente - Decisão interlocutória mantida - Recurso não provido

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, nos autos de ação revisional de contrato, deferiu tutela provisória para suspender a exigibilidade de reajuste por mudança de faixa etária aplicado, sob pena de multa diária de mil reais.

Recorre a operadora ré, sustentando, em síntese, não estarem atendidos os requisitos legais para a antecipação de tutela. Afirma estarem atendidos os parâmetros estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento de recurso representativo de repetitivos (REsp 1.568.244-RJ). Aponta que o contrato em discussão foi firmado antes de 01.01.2004, sendo-lhe assim aplicável a disciplina da Resolução do Conselho de Saúde Suplementar 6/1998, que determina o escalonamento de sete faixas etárias. Argumenta terem sido respeitadas as disposições regulamentares. Assevera ser exagerado o valor da multa cominatória. Requer, em suma, a revogação da tutela provisória ou, subsidiariamente, a redução da penalidade processual cominada.

Efeito suspensivo indeferido (fl. 151).

Recurso processado sem resposta.

É o relatório.

Sabe-se que o contrato de plano de saúde objeto da lide, por meio do qual os autores MARICENE e MAURÍCIO são beneficiários de plano de saúde operado pela ré SUL AMÉRICA, vigora desde setembro de 2003.

Conforme consta da petição inicial do feito originário, em razão de MAURÍCIO ter completado 60 anos em fevereiro do corrente ano, sua mensalidade sofreu acréscimo de 147,71%, passando de R$ 989,25 para R$ 2.450,48. Somada com a mensalidade de MARICENE (que continua em R$ 989,25), os autores, que são casados, passam a ter de pagar R$ 3.439,73 mensalmente para manutenção de sua qualidade de beneficiários.

Em tutela antecipada, o juízo singular suspendeu a exigibilidade de tal reajuste.

Acesso ao Sumário

À partida, frise-se que a adequação do combatido reajuste por critério etário aos ditames da Resolução CONSU nº 6/1998 (levando-se em conta que o contrato foi firmado entre 02.01.1999 e 31.12.2003, antes da Resolução Normativa ANS 63/2003, pertinente aos contratos firmados a partir de 01.01.2004) e aos parâmetros do acórdão do REsp 1568244/RJ, julgado em 14.12.2016 sob o regime de recurso representativo de repetitivos (tema nº 952), é questão ínsita ao mérito da ação originária, limitando-se o presente recurso a examinar o atendimento dos requisitos impostos pelo art. 300 do Código de Processo Civil.

Realmente, pelo menos em cognição sumária, observa-se quadro fático no qual a contraprestação mensal que vinha sendo paga pelo coagravado mais

que dobrou em curto interregno.

Pois bem, levando-se em conta que o supramencionado julgado do STJ exige, entre outros aspectos, que os índices de reajuste não sejam desarrazoados, aleatórios ou demasiadamente onerosos ao consumidor, é razoável que seja sustada até o desfecho da lide a exigibilidade da majoração por mudança de faixa etária, cuja incidência importou na elevação da mensalidade conjunta arcada pelas partes para montante de quase R$ 3,5 mil, soma bastante expressiva.

Assim, é verossímil a alegação de abusividade deslindada pelos recorridos, ante a magnitude do reajuste, e, por consequência, do comprometimento de sua renda para manutenção de cobertura de assistência médico-hospitalar, que cada vez mais se faz imprescindível, levando-se em conta que MAURÍCIO já é idoso e a MARICENE não é mais uma pessoa jovem (já conta com 58 anos de idade).

Claro também o perigo de dano, já que a situação de inadimplência pode ensejar a rescisão contratual e a necessidade, para contratação de novo plano, do cumprimento de prazos de carência e do adimplemento de mensalidades talvez até mais onerosas, o que significaria, com razoável grau de probabilidade, periclitação não apenas da situação financeira da recorrida, como também de sua própria saúde.

Observe-se que em razão do indeferimento do efeito suspensivo por este relator ao presente agravo, o trâmite processual da ação originária já se encontra em grau bastante avançado, sendo iminente a prolação de sentença, circunstância que também sinaliza pelo acerto da manutenção da tutela antecipada, pelo menos até que seja exarada decisão em cognição exauriente.

Também não se vislumbra exagerada a multa cominatória, tendo em vista a notória capacidade econômica da recorrente.

Em suma, mantém-se a decisão interlocutória agravada.

Diante do exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2228655-37.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE, é agravada GIULIA DINIZ MANCINI BERSANETI.

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 24.008)**

Acesso ao Sumário

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

São Paulo, 5 de novembro de 2018.

MOREIRA VIEGAS, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - plano de saúde - obrigação de fazer - tutela provisória de urgência concedida para impor à ré o custeio de procedimento cirúrgico - correção de hipertrofia mamária bilateral (mamoplastia redutora) - negativa de cobertura - abusividade - expressa indicação médica da necessidade e utilidade do procedimento pretendido - aplicação da súmula 102 deste Tribunal - rol da ANS não é numerus clausus - é atribuição do médico, não do plano de saúde, indicar o tratamento e os medicamentos necessários ao caso do paciente - presença dos requisitos do art. 300 do NCPC - ausência de irreversibilidade da medida - decisão mantida - Recurso não provido.

VOTO

Agravo de instrumento tirado em face de r. decisão de fl. 120/121 que, em autos de ação cominatória, deferiu a concessão de tutela de urgência, para determinar à ré que autorize de imediato a realização de procedimento cirúrgico de correção de hipertrofia mamária bilateral, em hospital credenciado, custeando todas as despesas necessárias ao tratamento, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00, por até 30 (trinta) dias.

Alega a agravante, em breve síntese, que a recusa é lícita, ante a não previsão da cobertura da prótese em contrato, assim como pelo fato de o procedimento não constar do rol da ANS de coberturas obrigatórias, o que encontra fundamento no art. 10, § 1º, da Lei nº 9.658/98. Sustenta que apenas está observando o avençado entre as partes e o que determina a lei, e o cumprimento da obrigação resultaria em desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, não podendo ser compelida a fazer aquilo que não contratou.

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

Acesso ao Sumário

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

É o relatório.

O agravo não merece provimento.

Deflui dos autos que a agravada, beneficiária de plano de saúde administrado pela agravante, é portadora de "*hipertrofia mamária bilateral*", tendo sido constatada a necessidade, pela médica assistente, da realização de procedimento cirúrgico para a redução das mamas ("*mamoplastia redutora*") (relatórios de fls. 104/107 dos autos originários)

Requerido administrativamente a autorização para o procedimento, o plano de saúde formalizou a negativa (fl. 109 dos autos originários), sob o fundamento de não constar no rol da ANS.

Pois bem.

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

Assim, este E. Tribunal, por ora, só tem competência para analisar os pressupostos necessários à concessão da tutela antecipada, pretendida pela autora da demanda, bem sejam: a probabilidade do direito invocado e o risco de dano ou ao resultado útil do processo, caso a prestação jurisdicional pretendida não venha no tempo necessário para assegurar o exercício do direito reivindicado (art. 300 do NCPC).

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

Aliás, o tema já foi pacificado neste Tribunal de Justiça pela ***Súmula 102: "Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS***".

Havendo prescrição médica, descabida qualquer discussão acerca de sua adequação. Não é razoável que a ré, na qualidade de operadora de planos de saúde, questione acerca da adequação, ou não, do tratamento indicado pelo médico.

Ademais, irrelevante o fato de o procedimento não constar na lista

Acesso ao Sumário

de coberturas obrigatórias das Agencia Nacional de Saúde Suplementar - ANS, visto que se trata de rol meramente exemplificativo, não esgotando as possibilidades de tratamento disponibilizadas aos pacientes, sendo abusiva a negativa de cobertura sob esse fundamento.

Entre a aceitação da comunidade científica e os demorados trâmites administrativos de classificação, não pode o paciente permanecer descoberto, colocando em risco bens existenciais.

Portanto, a recusa da agravante a autorizar a realização de procedimento de mamoplastia redutora, sob o argumento de não constar no aludido rol da ANS, afigura-se, a princípio, abusiva e ilegal, considerando que foi expressamente recomendado por médico. Além disso, e também a princípio, a postura da agravante está em afronta a preceito contido no Código de Defesa do Consumidor, artigo 51, inciso IV, já que restringe direitos e obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto e o próprio equilíbrio contratual (idem, artigo 51, § Iº, inciso II).

Por força do artigo 54, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, que se aplica à espécie, em se tratando de contrato de adesão, as cláusulas que implicarem limitação do direito do consumidor, deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

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

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

Nesse sentido são os julgados recentes desta Egrégia Corte em casos análogos, inclusive desta 5ª Câmara:

> *AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. Plano de saúde. Suposta negativa de cobertura. Sentença de procedência, para condenar a ré a providenciar o que for necessário à realização do procedimento indicado à autora, arcando com as despesas médico-hospitalares.*
>
> *Apela a ré, alegando cerceamento de defesa;* ***ausência de prova de relação de causalidade entre a hipertrofia mamária e a indicação de plástica cirúrgica para a correção mamária****; ausência de cobertura contratual; procedimento tem fins meramente estéticos. Descabimento. (...).* ***Demandante provou o evento e a necessidade de obtenção do direito pleiteado. Tratamento indicado por profissional especialista. Incidentes as Súmulas 96 e 102 desta Corte. Rol da ANS prevê cobertura mínima dos procedimentos que devem ser abrangidos pelos planos/seguros***

Acesso ao Sumário

***saúde, sendo meramente exemplificativo e não exaustivo**. Recurso improvido. (AP 1000652-42.2018.8.26.0269; Relator (a): James Siano; j. 18/10/2018).* - grifei

*Plano de saúde - aplicação do código de defesa do consumidor - **negativa de cobertura de cirurgia de correção de hipertrofia mamária e redução do excesso de volume** , a paciente já submetida à tratamentos convencionais, que não surtiu os efeitos desejados, persistindo os **problemas na coluna lombar e postura, bem como fortes dores - negativa da ré, sob as alegações de que o procedimento não consta no rol da ANS** e cuida-se de procedimento estético - Cirurgia que, no caso, não se reveste de caráter estético, mas se mostra necessária à correção e melhora dos sérios problemas de coluna e dores excessivas - **abusividade - Contrato que deve se conformar a sua função social - Desvantagem do consumidor - Precedentes deste Colendo Tribunal** - sentença de procedência mantida - recurso improvido. (AP 1013591-95.2017.8.26.0008; Relator (a): A.C.Mathias Coltro; j. 20/06/2018).* - grifei

*PLANO DE SAÚDE - Obrigação de fazer c.c. indenização por danos morais - **Negativa de cobertura de cirurgia para a correção de hipertrofia mamaria bilateral** - Procedência do pedido - Inconformismo da ré - Desacolhimento - Aplicação do disposto no art. 252 do RITJSP - Relação de consumo - **Prescrição da cirurgia por profissional especializado - Alegação de que o procedimento não está contemplado no rol de obrigatoriedade da ANS - Irrelevância - Aplicação da Súmula 102 deste Egrégio Tribunal de Justiça** - Sentença mantida - Recurso desprovido. (AP 1029738-23.2016.8.26.0562; Relator (a): J.L. Mônaco da Silva; j. 22/11/2017).* - grifei

Não bastasse, na espécie, também verifica-se presente o requisito legal do risco de dano, consubstanciado no fato de que a ausência de tratamento adequado à paciente, que engloba a realização do aludido procedimento, pode causar prejuízos à sua saúde física e psíquica. Isto posto, deve-se prestigiar a magnitude do bem da vida, que supera o interesse econômico, razão pela qual a r. decisão recorrida deve ser integralmente mantida.

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

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2216480-11.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes MINULO EMPREENDIMENTOS S.A., ROSSI RESIDENCIAL S/A e AMÉRICA PROPERTIES LTDA., é agravado ALEXANDRE MOLLES E SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26860)**

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

São Paulo, 5 de novembro de 2018.

ERICKSON GAVAZZA MARQUES, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO INDENIZATÓRIA EM ETAPA DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO QUE DEFERIU A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA - PROCEDIMENTO INSTAURADO CONFORME PREVISTO NOS ARTIGOS 133 A 137 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - CONTRADITÓRIO E DEVIDO PROCESSO LEGAL ATENDIDOS - REQUISITOS DO ARTIGO 50 DO CÓDIGO CIVIL PREENCHIDOS - DECISÃO MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão de fls. 135/136 (deste recurso) que, nos autos do cumprimento de sentença em tela, deferiu o pedido de desconsideração da personalidade jurídica inversa, para determinar a inclusão das empresas Rossi Residencial e América Propertiers no polo passivo, em litisconsórcio com a empresa Minulo Empreendimentos.

Sustentam os recorrentes, em síntese, que é nula a r. decisão agravada, por violar o devido processo legal e o contraditório, na medida em que deferiu a

inclusão de seus nomes na execução sem lhes dar, primeiramente, oportunidade de defesa. Afirmam que foi deferida a desconsideração sem prova do abuso da personalidade jurídica. Aduz que esse entendimento não está inserto no ordenamento jurídico vigente, bem assim ignora a função social da personalidade e a importância da separação patrimonial para o desenvolvimento da atividade econômica. Pugnam pela concessão do efeito suspensivo e, ao final, requerem o provimento do recurso.

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

É o relatório.

Os recorrentes se insurgem em face da r. decisão que acolheu o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, deferindo a inclusão dos mesmos no polo passivo da demanda para cumprirem a sentença proferida contra a corré Minulo Empreendimentos.

Pois bem. O artigo 50, do Código Civil bem define quais são as hipóteses em que cabe a pretendida desconsideração da personalidade jurídica, senão vejamos:

> "*Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.*"

E o atual Código de Processo Civil passou a regulamentar o procedimento que deve seguir a desconsideração da personalidade jurídica, em seus artigos 133 a 137, inclusive na hipótese de desconsideração inversa, tal como ocorreu no caso em exame (parágrafo 2º do artigo 133, do referido códex).

De início, anoto que às rés foi oportunizado o contraditório e a ampla defesa, posto que foram intimadas no incidente de desconsideração da personalidade jurídica para ofertarem contestação, inexistindo, portanto, a nulidade apontada.

Quanto ao mérito da decisão, propriamente dito, melhor sorte não lhes assiste.

No caso dos autos, é evidente a confusão patrimonial, caracterizada pela ocultação de dinheiro, bens e direitos, pois não é crível que uma empresa como a Minulo Empreendimentos, em pleno funcionamento, não tenha ativos financeiros penhoráveis, nem tampouco tenha bens em nome da pessoa jurídica para cumprir seus compromissos cotidianos. Ora, nenhum centavo foi encontrado nas contas bancárias da pessoa jurídica, o que tornaria impossível

Acesso ao Sumário

a qualquer empresa operar, na prática, sem a interferência, a participação ou o aporte de uma pessoa física, por menor que seja a estrutura da empresa.

Essa evidência é de tal modo flagrante, que não vislumbra-la chegaria a resvalar em certa ingenuidade, o que nem de longe é o caso deste julgador. Afinal, quem é que não sabe, que para o desempenho de suas atividades, uma empresa precisa de dinheiro em conta para, no mínimo, comprar matéria-prima e produzir os seus produtos. E, se suas contas estão "zeradas", a despeito de a sociedade empresária continuar operando regularmente, a conclusão lógica a que se chega é no sentido de que ela o faz por meio de suas coligadas.

Ademais, O endereço das três empresas é o mesmo, qual seja Alexandre Dumas nº 1711. Há também identidade de sócios. Nos documentos firmados entre as partes e nas missivas encaminhadas ao exequente ora consta o timbre da empresa Minulo, ora consta o timbre da empresa Rossi Empresarial, circunstâncias que reforçam ao consumidor a ideia de que contratou com o grupo todo.

Isso nos parece bem evidente (inciso I do artigo 334 do Código de Processo Civil), até mais do que intuitivo, o que também estaria dispensada da produção de provas, segundo SCARPINELLA BUENO (Scarpinella Bueno, Cassio, Direito Processual Civil, Volume 2, 2ª edição, 2009, p. 246).

Sendo assim, a decisão deve ser mantida em sua integralidade.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2163664-52.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante M.A.L., são agravados B.E.S.L. e A.B.S.L.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "por maioria de votos, negaram provimento ao recurso. Declara voto o 3º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18/37039)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARY GRÜN (Presidente sem voto), MIGUEL BRANDI e LUIS MARIO GALBETTI.

São Paulo, 1º de novembro de 2018.

LUIZ ANTONIO COSTA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de Instrumento - Exoneração de alimentos - Tutela indeferida - Filho maior frequenta curso de nível superior - Comprovação - Necessidade de se aguardar instrução e contraditório nos autos de origem - Inteligência dos arts. 1.694 e 1.695, do Código Civil - Recurso improvido.

VOTO

Recurso de Agravo, na modalidade de Instrumento, interposto contra decisão proferida em autos de Ação de Exoneração de Alimentos, que negou a antecipação da tutela.

Diz o Agravante, em síntese, que está obrigado a arcar com alimentos para os seus filhos no importe de 27% dos seus rendimentos, em razão da determinação judicial, porém o Agravado B. está com 24 anos, cursando pós-graduação e já inserido no mercado de trabalho. Diz que a manutenção da decisão não encontra amparo legal. Colaciona julgados e pede a reforma da decisão.

Em sede de cognição inicial, neguei o efeito suspensivo.

Contraminuta (fls. 55/62).

É o relatório.

Ao arbitrar alimentos provisórios, o Magistrado exerce poder geral de cautela e o faz diante dos elementos trazidos aos autos na inicial, especialmente voltados à demonstração da necessidade do credor e da possibilidade do devedor, após o natural exame das condições da ação e dos pressupostos processuais.

Determina o art. 1.694 do Código Civil que podem os parentes, cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos que necessitem para viver.

Esta regra é complementada pelo disposto no art. 1.695 do mesmo *codex*:

"*São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria mantença, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento*" (g.n.).

No caso, embora o Agravante afirme que o Agravado está cursando Pós-Graduação e já se encontra inserido no mercado de trabalho, não há comprovação de que já se sustenta sozinho.

Conforme contrato firmado com a Instituição de Ensino, a mensalidade tem valor elevado, não tendo sido demonstrada nessa fase inicial do processo, a possibilidade de o Agravado se sustentar ou mesmo concluir o curso, sem precisar do auxílio do genitor.

É certo que, ao ser atingida a maioridade, cessa o poder familiar, mas não

Acesso ao Sumário

necessariamente o dever de prestar alimentos, pois se o filho, apesar de maior, deles continuar necessitando, o pai tem a obrigação de continuar a prestá-los, o que se dá em razão do parentesco existente, como dispõe expressamente o art. 1.696 do Código Civil.

É necessário aguardar a instrução do feito para a avaliação do binômio necessidade de quem pleiteia os alimentos e possibilidade de quem os fornece, o que não é possível verificar com segurança neste momento processual.

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

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 14/22757)

Ementa: Exoneração de alimentos - Tutela antecipada - Filho maior de 24 anos que cursa pós- graduação - Possibilidade de exoneração desde já, pois o jovem deve trabalhar como qualquer um, não me parecendo que deva aguardar maior instrução, protelando o direito do alimentante de ver cessar esta obrigação, em especial porque este tipo de decisão acaba levando à defesa protelatória - Recurso provido.

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

O recurso, pelo voto do eminente relator seria improvido, nos seguintes termos:

> Agravo de Instrumento - Exoneração de alimentos - Tutela indeferida - Filho maior frequenta curso de nível superior - Comprovação - Necessidade de se aguardar instrução e contraditório nos autos de origem - Inteligência dos arts. 1.694 e 1.695, do Código Civil - Recurso improvido.

O pedido de exoneração deve ser acolhido, pois há prova de que o filho já é maior de 24 anos e estaria cursando pós-graduação, de forma que deve trabalhar como qualquer um, não me parecendo que se deva aguardar maior instrução, protelando o direito do alimentante de ver cessar esta obrigação, em especial porque este tipo de decisão acaba levando à defesa protelatória, como único escopo de postergar resultado final inevitável.

2. Ressalvando, portanto, a douta convicção do desembargador relator, ouso, desta vez, dele discordar, pois, segundo o meu voto, a hipótese é de **PROVIMENTO DO RECURSO**, para exonerar desde já o alimentante de

Acesso ao Sumário

pagar pensão ao filho Bruno.
LUÍS MÁRIO GALBETTI, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2148341-07.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante L.C.F., é agravado K.B.S.

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 16772)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVÉRIO DA SILVA (Presidente), THEODURETO CAMARGO e ALEXANDRE COELHO.

São Paulo, 21 de novembro de 2018.

SILVÉRIO DA SILVA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. Antecipação dos efeitos da tutela deferida, com a fixação de regime de visitas do agravado à filha. Alegação da incapacidade psicológica do agravado. Ausência de provas que justifiquem a suspensão do direito de visitas. Menor conta com onze anos de idade, sem notícia de que a convivência com o agravado lhe traga algum prejuízo. A concessão da tutela deve obedecer ao disposto no art. 300 do CPC. No caso em exame, encontram-se suficientemente justificados os requisitos necessários à sua concessão. Para se apreciar a contrariedade apontada pela agravante se faz necessário a produção de provas sob o crivo do contraditório, com realização de estudos psicossociais por equipe designada pelo juízo de origem. Suspensão do direito de visitas tem caráter excepcional, porquanto se trata de direito fundamental da criança a convivência familiar. Inteligência dos arts. 227 e 229 da CF, e do art. 19 e seguintes do ECA. Decisão mantida. Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por L.C.F., tirado da decisão proferida nos autos da ação de Regulamentação de Visitas, às págs. 178/179, que deferiu a antecipação da tutela para estabelecer o período de visitas do pai à filha das férias escolares dos meses de julho e janeiro (págs. 01/07).

Persegue a agravante a antecipação da tutela recursal para o deferimento da gratuidade da justiça, e a cessação dos descontos procedidos, indevida e ilegalmente, pelo agravado, sobre os rendimentos mensais auferidos pela agravante (págs. 05/06, item '12').

O efeito pleiteado foi indeferido (págs. 206/207).

Vieram as contrarrazões (págs. 199/205 e 209/211).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento ao recurso, mantendo-se a decisão de primeiro grau (págs. 216/219).

A agravante juntou o relatório psicológico da menor (págs. 223).

Não consta dos autos oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Se insurge a agravante com a decisão que deferiu a antecipação da tutela para estabelecer o período de visitas do pai à filha das férias escolares dos meses de julho e janeiro (págs. 178/179).

Primeiramente, cumpre lembrar que o presente se limita a aferir a pertinência da decisão que deferiu a antecipação da tutela, sem adentrar na questão de mérito quanto a regulamentação de visitas perseguida pelo autor da ação, ou alimentos devidos à menor.

E neste passo, o recurso não comporta provimento.

Conforme deixei consignado no despacho inicial, não há nos autos elementos de provas que justifiquem a suspensão do direito de visitas. E mais, a menor conta com onze anos de idade (págs. 21), sem notícia de que a convivência com o agravado lhe traga algum prejuízo.

A concessão da tutela deve obedecer ao disposto no art. 300 do CPC que afirma que "*...a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo...*".

Em que pesem as ponderações lançadas nas razões recursais, no caso em exame, encontram-se suficientemente justificados os requisitos necessários à sua concessão.

A respeito dos requisitos, LUIZ FUX, na Obra "Tutela Antecipada", comenta às págs. 105 que:

"O artigo 273, com sua nova redação, permite a tutela antecipada toda

vez que a prova inequívoca convença o Juízo da verossimilhança (aproximação da verdade) da alegação de que o direito objeto do 'judicium' submete-se a risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Ambos os conceitos devem ser analisados à luz da pretensão de direito material e do princípio da especificidade, segundo o qual o ordenamento deve dar ao credor aquilo que ele obteria se a conduta devida fosse voluntariamente cumprida pelo devedor. Em prol do prestígio do Judiciário, como atuante substitutivo do comportamento devido pelas partes, deve mesmo evitar que o credor sinta os efeitos do inadimplemento, aqui considerado como 'lesão' ingênere do direito do autor."

Como é sobejamente sabido para se apreciar a contrariedade apontada pela agravante se faz necessário a produção de provas sob o crivo do contraditório, bem como a realização de estudos psicossociais por equipe designada pelo juízo de origem, haja vista se tratar de decisão de cunho provisório.

Assim, levando-se em conta que eventual alteração do regime de visitas do agravado em relação à filha deve ser excepcional, porquanto se trata de direito fundamental da criança a convivência familiar, nos termos dos arts. 227 e 229 da Constituição Federal, e do art. 19 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, *verbis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

§ 1º (...);

§ 2º (...);

§ 3º A manutenção ou a reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em serviços e programas de proteção, apoio e promoção, nos termos do § 1º do art. 23, dos incisos I e IV do caput do art. 101 e dos incisos I a IV do caput do art. 129 desta Lei.

§ 4º Será garantida a convivência da criança e do adolescente

Acesso ao Sumário

com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial.

§ 5º (...);

Art. 21. O ~~pátrio poder~~ poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009)

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.

Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do ~~pátrio poder~~ poder familiar. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009)

Art. 24. A perda e a suspensão do ~~pátrio poder~~ poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

Do exposto, **nego provimento** ao recurso, mantendo-se a decisão hostilizada, tal como está lançada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2000391-28.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FEDERAÇÃO DOS EMPREGADOS NO COMÉRCIO HOTELEIRO E SIMILARES DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado SINDICATO DOS TRABALHADORES EM HOTÉIS BARES RESTAURANTES E SIMILARES DE SÃO PAULO E REGIÃO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito

Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.376)**

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

São Paulo, 23 de novembro de 2018.

CESAR CIAMPOLINI, Relator

Ementa: Cumprimento definitivo de sentença condenatória no pagamento de quantia em moeda corrente nacional. Bloqueio de contas judiciais do devedor. Liberação de uma delas pelo Juízo da execução, sob o fundamento de que se trata daquela por meio da qual são pagos os salários dos empregados do devedor. Agravo de instrumento da credora em busca do novo bloqueio da conta.

Recurso provido tão só para que, a débito dessa única conta, sejam liberadas, pelo prazo de 2 anos, caso a caso, mediante escrutínio pelo Juízo da execução, tão só as quantias que se destinem ao pagamento de salários "stricto sensu". Prazo para cessação do excepcional benefício que se justifica em prol da respeitabilidade do sistema processual satisfativo, que, por meio do cumprimento de sentença e das diversas execuções previstas em lei, busca dar a cada um o que lhe é de direito, seja em decorrência de título judicial, seja de título extrajudicial. Prazo reputado suficiente para a tomada, pelo devedor, de providências necessárias para ajuste de seu fluxo de caixa, visando ao pagamento do que deve, crédito da agravante já incorporado a seu patrimônio.

Agravo de instrumento a que se dá parcial provimento.

VOTO

RELATÓRIO.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Federação em sede de cumprimento de sentença, em que, inicialmente, deferi parcial liminar, por decisão que resume adequadamente o que se passa nos autos:

"Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que, nos autos de ação de cobrança movida por Federação dos Empregados no

Acesso ao Sumário

Comércio Hoteleiro e Similares do Estado de São Paulo contra Sindicato dos Trabalhadores em Hotéis, Bares, Restaurantes e Similares de São Paulo e Região, ora em sede de cumprimento de sentença pelo valor de R$ 15.946.996,34, determinou o desbloqueio de conta corrente mantida pela executada, por considerar-se que se destina ao pagamento de salários dos funcionários da entidade sindical.

Relata o agravante que havia sido deferido o bloqueio de diversas contas correntes bancárias da agravada, tendo sido penhorados ao todo R$ 555.665,38, e que, em 16/11/2016, reiterou pedido de bloqueio permanente desses valores, o que ainda não havia sido providenciado pelo douto Juízo em razão dos vários incidentes processuais provocados pela devedora.

Concomitantemente, a agravada peticionou (fls. 42/43) pleiteando a realização de audiência de conciliação e a suspensão imediata dos atos executórios até que fosse realizada tentativa de conciliação.

O douto Juízo, então, determinou (fl. 42) que a exequente se manifestasse sobre tal pleito.

Inconformada com o r. despacho, a executada reiterou o pedido, o que deu ensejo à seguinte decisão:

'Vistos.

1) Publique-se decisão de fls. 4975.

A audiência somente será designada se contar com a concordância da credora, caso contrário, inócuo o ato almejado, e até que a própria se manifeste nos autos, nada obsta o cumprimento do título executivo judicial, observando que se trata de ação distribuída no ano de 1996, mas nenhum valor foi levantado pela exequente diante dos sucessivos recursos e incidentes.

2) Providencie a Serventia a atualização da certidão de fls. 4924 pertinente aos embargos de terceiro, diante da notícia dos embargos de terceiro nº 1123651-87.2016.8.26.0100, opostos por Fetrhotel SP/MS Federação Interestadual dos Trabalhadores No Comércio e Serviços de Hospedagem, Alimentação Preparada e Bebidas a Varejo nos Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul, com a pretensão de que a embargante seja declarada credora de todas as parcelas de contribuição arrecadadas após o dia 2 de julho de 2010, o que totalizaria até a distribuição da ação o valor de R$ 694.089,84, além dos demais distribuídos.

Nestes autos, apurado o valor de R$ 15.946.996,34, válido para agosto de 2014 pertinente ao período de 1994 até 2011, e os nos embargos somados a todos os demais distribuídos interferem no levantamento dos valores, por ora, vedado.

Assim, indefiro o requerimento de fls. 4969/4970.

3) Expeça-se ofício às agências bancárias indicadas para penhora de todos os valores depositados nas contas relacionadas (fls. 4539) e

Acesso ao Sumário

transferência para a conta a disposição do juízo, com celeridade, nos termos da decisão anteriormente proferida (fls. 4574, último parágrafo e 4641).

4) Determino a transferência da quantia bloqueada para a conta à disposição do juízo (fls. 4917/4923).

Intimem-se.' **(fls. 44/45)**.

A agravada, então, opôs embargos de declaração (fls. 47/53) - afirmando haver contradição entre a intimação da exequente para se manifestar sobre o pedido de audiência e o indeferimento do pedido de sobrestamento da execução -, rejeitados pela Magistrada singular, observando-se, porém:

'(...) 3) No mais, considerando os sucessivos embargos de terceiros opostos pelos funcionários da executada informando que a conta 13000260-6, agência 02887, Banco Santander, destina-se ao pagamento dos salários, determino o imediato desbloqueio apenas na referida conta. Oficie-se com celeridade ao Banco Santander.

Intime-se.' **(fls. 54/55; grifei)**.

Contra o desbloqueio agrava a exequente.

Aduz (fl. 8), em suma, que houve julgamento ***extra petita***, pois a ilustre Juíza decidiu sobre tema que não havia sido objeto de pedido da agravada e que, ademais, calcou-se somente nos '*sucessivos embargos de terceiros opostos pelos funcionários da executada*', estranhos ao presente feito. Ademais, acrescenta que este Tribunal já se pronunciou sobre o bloqueio das contas da executada (AI 2150738.10.20168.26.0000), negando-se liminarmente pedido de substituição de penhora de valores por imóveis ou o bloqueio de apenas 5% do montante depositado em suas contas.

Pede, enfim, a revigoração do bloqueio da conta em tela.

É o relatório.

Presentes os requisitos legais, defiro em parte a liminar.

De fato, sem prova cabal de que todas as quantias que são depositadas na conta referida são destinadas ao pagamento de salários, há risco de dissipação de recursos financeiros. Está-se na fase de cumprimento de sentença. A ação é antiga, tendo sido distribuída nos idos de 1996. Os inúmeros recursos interpostos pela devedora na fase de cumprimento de sentença, em última análise, vêm eternizando a satisfação do título executivo definitivo que porta a Federação agravante. Não é demais se lembrar que a execução (***rectius*** o cumprimento de sentença) se faz em benefício e no interesse do credor (NCPC, art. 797).

Presentes, pois, aparência de bom direito e perigo na demora na postulação recursal.

Oficie-se à origem, por via eletrônica, para que se proceda, imediatamente, a novo bloqueio da conta corrente n.º 13000260-6, agência 02887, Banco Santander, de titularidade da executada.

Acesso ao Sumário

O deferimento da liminar é parcial na medida em que, desde logo, defiro, a critério do egrégio Juízo da execução que, mediante comprovação documental que faça eventualmente o Sindicato agravado, S. Exa. libere, a débito da conta ora novamente bloqueada (nº 13000260-6), as quantias que, efetivamente, se destinem ao pagamento de salários de seus empregados.

À contraminuta.

Faculto aos interessados manifestação, o mesmo prazo da resposta recursal, de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos dos artigos 1º e 2º da Resolução 549/2011, do Órgão Especial deste Tribunal, publicada no DJe de 25 de agosto de 2011.

Intimem-se." **(fls.70/75)**.

Contraminuta a fls. 79/87.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO.

Este Tribunal, sob minha relatoria, em 25 de setembro p. passado, julgou o AI 2248170-63.2015.8.26.0000, interposto pelo Sindicato devedor contra r. decisão de primeiro grau que homologou laudo pericial contábil. Ao recurso foi negado provimento por acórdão encimado pela seguinte ementa:

"Liquidação por artigos em sede de cumprimento de sentença condenatória ao pagamento de quantia em dinheiro. Decisão que homologou laudo pericial contábil. Perícia e decisão de primeiro grau que se ativeram ao título exequendo.

Perícia, de resto, realizada à vista dos elementos relutante e insuficientemente trazidos aos autos pelo devedor, vale dizer, os documentos disponíveis. 'Às partes confere-se oportunidade de participar da formação da decisão do juiz, suportando as consequências desfavoráveis do próprio comportamento inerte e negligente' (LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA). Dever de cooperação, ou de colaboração, de quem, por qualquer modo, participa do processo. As partes têm o ônus, e não propriamente o dever, de colaborar com a instrução do processo, dever que se põe em relação à produção probatória em curso, requerida pelo adversário ou determinada de ofício pelo juiz. A parte não pode criar obstáculos, nem deixar de dar atendimento a providências que lhe sejam determinadas (arts. 378 e 379 do CPC/2015; arts. 339 e 340 do Código Buzaid).

Falta de apresentação, pelo devedor agravante, de livros e outros documentos que necessariamente haveriam de estar em seu poder. 'Ordenada a exibição e não atendida, verifica-se a impossibilidade da realização da perícia. Falhou a tentativa de prova pericial, mas da falta de exibição surgem argumentos probatórios em favor do promovente desta e em desfavor da parte desobediente.' (MOACYR AMARAL SANTOS).

Decisão recorrida mantida. Agravo de instrumento a que se nega

Acesso ao Sumário

provimento."

Nesta data, 19 de outubro de 2018, a Corte acaba de julgar os ED 2150738-10.2016.8.26.0000/50.001, concluindo pelo enfrentamento de ponto omisso no julgamento do agravo de instrumento cujo acórdão era embargado (irresignação contra a rejeição de impugnação do Sindicato ao cumprimento de sentença). Receberam-se em parte os declaratórios, negando-se provimento ao recurso do Sindicato devedor, confirmada a r. decisão agravada. Copio a ementa do acórdão:

> "Embargos de declaração por omissão. Agravo de instrumento interposto contra duas deliberações judiciais proferidas em sede de cumprimento de sentença transitada em julgado, uma que rejeitou impugnação do devedor, outra que deferiu penhora 'on line' de dinheiro. Apreciação pelo acórdão embargado apenas desta última questão. Suprimento, no leito destes declaratórios, da omissão de julgamento da primeira.
>
> Decisão de rejeição da impugnação mantida 'per relationem', como permite o art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça. Não pode o devedor inovar em sede de cumprimento de sentença, limitando-se sua defesa aos temas do art. 525 do CPC.
>
> Embargos que, quanto ao ponto em que não houve omissão, claramente infringentes. Inadmissibilidade.
>
> Embargos recebidos em parte, suprida a omissão, desprovido o agravo de instrumento também no ponto não antes apreciado, sem efeitos modificativos."

Assim, este cumprimento de sentença, que, sempre se relembre é definitivo, há de seguir avante, com os bloqueios ***on line*** e outras providências tendentes à satisfação de seu crédito que sejam requeridas pela Federação agravante, credora, em cujo benefício e interesse corre o processo (CPC, art. 797).

A única limitação a tanto será, pelas mesmas razões que inspiraram o legislador à edição do art. 833, IV, do CPC, a liberação pontual, caso a caso, da conta 13000260-6 da agência 02887 do Banco Santander, de quantias que, comprovadamente, se destinem ao pagamento de salários propriamente ditos de funcionários do Sindicado (salários ***stricto sensu***), isto por um prazo de 24 meses contado da data da publicação da liminar parcial de fls. 70/75.

O prazo de 24 meses (2 anos), acima assinalado para cessação do excepcional benefício ao Sindicato devedor se justifica em prol da higidez e da própria respeitabilidade do sistema processual satisfativo pátrio, que, por meio do cumprimento de sentença e das diversas execuções previstas em lei, busca dar a cada um o que lhe é de direito, seja em decorrência de título judicial, seja de título extrajudicial. Nesse período, em boa parte já decorrido, por certo, o Sindicato já se terá precatado para o adimplemento do que deve, ajustando seu

Acesso ao Sumário

fluxo de caixa, seja mediante corte de despesas, seja com a busca de outras fontes de custeio.

Seria efetivamente, indevida intervenção judicial no patrimônio da Federação credora, integrado também pelo crédito de que aqui se cuida, a persistência por mais tempo da limitação à penhorabilidade de bens do Sindicato devedor.

Deste modo, por meu voto, para tais fins, reformo parcialmente a r. decisão recorrida.

DISPOSITIVO.

Dou **parcial provimento** ao agravo de instrumento.

Consideram-se, desde logo, prequestionados todos os dispositivos constitucionais e legais, implícita ou explicitamente, influentes na elaboração deste voto.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2193667-87.2018.8.26.0000, da Comarca de Cubatão, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravada CEILIA MARIA SOBRINHO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 22974)**

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

São Paulo, 1º de novembro de 2018.

LUCILA TOLEDO, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DEFERE TUTELA DE URGÊNCIA PARA LIMITAR OS DESCONTOS, DERIVADOS DE EMPRÉSTIMOS EM 30% DOS RENDIMENTOS LÍQUDIDOS DA AUTORA - CONTRATO "BB CRÉDITO 13º SALÁRIO" - MODALIDADE DE ANTECIPAÇÃO DE SALÁRIO, DESCONTADO NO PAGAMENTO DO

Acesso ao Sumário

13º SALARIO DO CORRENTISTA - HIPÓTESE QUE NÃO SE ENQUADRA EM EMPRÉSTIMO CONSIGNADO - DADO PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO

VOTO

O agravante insurge-se contra decisão interlocutória a fls. 20 do instrumento, que deferiu a tutela de urgência para limitar os descontos, derivados de empréstimos em 30% dos rendimentos líquidos da agravada, sob pena de multa de R$ 500,00 para cada desconto efetuado.

Alega que agravada possui quatro empréstimos celebrados com o banco, dentre os quais o "BB crédito 13º salário", que seria uma linha de crédito em que o banco antecipa os valores do 13º salário do correntista, e este se obriga a devolver o valor no recebimento do seu 13º salário ou no vencimento do contrato.

Diz que essa modalidade de empréstimo não sofreria limitação, pois não enquadra como operações consignáveis.

Menciona entendimento proferido no Resp 1.586.910.

Pede seja reconhecida a preliminar de ilegitimidade de parte para extinguir o processo sem resolução do mérito, bem como a concessão de efeito suspensivo, impedindo o levantamento do valor já depositado e o eventual pagamento da diferença, tendo em vista a ausência de apresentação de caução idônea e, ao final, reforma da decisão.

Deferida parcialmente a concessão de efeito suspensivo, diante da plausibilidade do direito invocado, para determinar a exclusão do contrato BB 13º salário da limitação de 30% dos rendimentos líquidos do agravado.

Não foi apresentada contraminuta.

É o relatório.

Cuida-se de pedido formulado em ação revisional de contrato bancário com pedido de tutela de urgência para limitar os empréstimos contraídos com o banco em 30% dos rendimentos da autora.

Contudo, um dos empréstimos contraídos se trata de empréstimo para antecipação do 13º salário, modalidade BB Crédito 13º salário, em que o banco adianta o valor do recebimento da parcela do 13º salário do correntista, e em contrapartida este devolve a quantia emprestada no recebimento do seu 13º salário, conforme se verifica a fls. 7 do instrumento e a fls. 18 dos autos de origem.

Não se trata, portanto, de empréstimo consignado, mas, sim, de modalidade de antecipação de salário que não alcança a limitação de 30% dos rendimentos

Acesso ao Sumário

líquidos da agravada, pois tem natureza diversa dos empréstimos consignados.

Incabível, portanto, a limitação a esta modalidade de empréstimo.

Pelo meu voto, **dou parcial provimento** ao recurso, para determinar a exclusão do contrato BB 13º salário da limitação de descontos em 30% dos rendimentos líquidos da agravada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2206597-40.2018.8.26.0000, da Comarca de Paulo de Faria, em que é agravante ELEKTRO REDES S/A, é agravado SIMONE DA MATTA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. (Voto nº 9949)

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

São Paulo, 1º de novembro de 2018.

JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Tutela cautelar antecedente - Decisão que defere antecipação de tutela de urgência tendente a ser determinada que a empresa ré restabeleça o fornecimento de energia elétrica nas unidades consumidoras em discussão na lide, pena de multa - Ante a existência de prova inequívoca da verossimilhança do direito alegado é medida de rigor a manutenção da tutela de urgência concedida - Restabelecimento do fornecimento comunicado - A estancar interpretações outras, inclusive da parte contrária, e para dar cumprimento às regras legais e administrativas que autorizam suspensão de fornecimento na hipótese de mora, complemento a decisão agravada no sentido de que a concessionária não estará impedida, por sua conta e risco, da prática de atos, inclusive eventual suspensão de fornecimento diante da falta de pagamento de faturas outras que não as de quitação comprovadas

Acesso ao Sumário

nos autos - Decisão mantida com complemento - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão que, nos autos da tutela cautelar antecedente que a agravada move em face da agravante, deferiu antecipação de tutela de urgência tendente a ser determinada que a empresa ré restabeleça o fornecimento de energia elétrica nas unidades consumidoras em discussão na lide, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00.

Alega-se, nele, em síntese, que ausentes os requisitos autorizadores da medida concedida, uma vez que agiu na mais estrita legalidade ao suspender o fornecimento de energia elétrica em decorrência da falta de pagamento de faturas de consumo, e que as unidades consumidoras estão ligadas, sendo que a liminar da forma deferida ensejará fornecimento de energia gratuito. Pede efeito suspensivo e reforma da decisão para autorização de suspensão de fornecimento e que haja pagamento pelos consumos.

Concedida liminar parcial no presente recurso (fls. 42/43), que é tempestivo, foi preparado (fls. 40) e não respondido (fls. 46 - certidão).

É o relatório.

Nos autos da tutela cautelar antecedente que a agravada move em face da agravante, o MM. Juízo "a quo" deferiu a antecipação de tutela de urgência pleiteada tendente a ser determinada que a empresa ré restabeleça o fornecimento de energia elétrica nas unidades consumidoras em discussão na lide, sob a pena de multa diária de R$ 1.000,00, ao fundamento de que:

> "*Inicialmente, ressalto que apesar de a autora ter formulado pedido de concessão de cautelar antecedente, trata-se de pedido de tutela antecipada antecedente, com rito previsto nos artigos 303 e seguintes do CPC, consoante o disposto no art. 305, § único do Diploma Processual Civil. Vislumbro presentes os requisitos necessários para a concessão da medida liminar, os quais estão previstos no artigo 303 do Código de Processo Civil. É caso de se conceder, a tutela de urgência pretendida, porque há elementos a indicar, prima facie, a probabilidade do direito alegado, sobretudo porque a parte juntou diversos comprovantes de pagamentos (17/70) e que solicitou extrajudicialmente o religamento das unidades consumidoras (32822758, 35403047 e 32823436), conforme e-mails de fls. 75/92. Além disso, há perigo de dano uma vez que a ausência de fornecimento de energia elétrica é imprescindível para realização da atividade econômica desenvolvida pela requerente e não há perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.*"

A tutela de urgência e também a de evidência é a entrega provisória da

prestação jurisdicional a quem preenche os requisitos escritos na lei processual e tem objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em Juízo, ou os seus efeitos.

Para tanto, o requerente da tutela de urgência deve demonstrar de forma inequívoca a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, consoante NCPC, art. 300; enfim, a verossimilhança do direito alegado a teor das alegações feitas, ou mesmo demonstrar o abuso do direito de defesa.

A tutela é faculdade atribuída ao magistrado, prendendo-se ao seu sensato arbítrio e livre convencimento, dependendo a concessão dos requisitos daqueles requisitos; sinteticamente risco de lesão grave ou de difícil reparação e da plausibilidade do direito.

Ensina CÁSSIO SCARPINELLA BUENO ("in" Manual de Direito Processual Civil, volume único, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 222): "*A concessão da 'tutela de urgência' pressupõe: (a) probabilidade do direito; e (b) perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300, 'caput'). São expressões redacionais do que é amplamente consagrado nas expressões latinas 'fumus boni iuris' e 'periculum in mora', respectivamente. A despeito da conservação da distinção entre 'tutela antecipada' e 'tutela cautelar' no CPC de 2015, com importantes reflexos 'procedimentais', é correto entender, na perspectiva do dispositivo aqui examinado, que os requisitos de sua concessão foram igualados. Não há, portanto, mais espaço para discutir, como ocorria no CPC de 1973, que os requisitos para a concessão da tutela antecipada ('prova inequívoca da verossimilhança da alegação') seria, do ponto de vista da cognição jurisdicional, mais profundos que os da tutela cautelar, perspectiva que sempre me pareceu enormemente 'artificial'. Nesse sentido, a concessão de ambas as tutelas de urgência reclama, é isto que importa destacar a 'mesma' probabilidade do direito além do mesmo perigo de dano ou risco ao resultado útil ao processo*".

No caso ora telado, os elementos de convicção que a agravada coligiu aos autos, notadamente em virtude do pagamento dos débitos pendentes, evidenciam a probabilidade do direito, requisito necessário ao provimento da tutela de urgência.

Em suma: ante a existência de prova inequívoca da verossimilhança do direito alegado é medida de rigor a manutenção da tutela de urgência concedida.

E pelo informado já houve cumprimento com restabelecimento do fornecimento de energia.

No entanto, cabe parcial complementação da decisão para exata dimensão e limites da tutela concedida.

É que, como já destacado na concessão em parte da liminar no presente

Acesso ao Sumário

recurso, dos termos da decisão não parece que o juízo "a quo" tenha deferido a tutela antecipada obrigando fornecimento gratuito de energia, e desse modo desobrigando a agravada de efetuar pagamento de faturas devidas, e sim no reconhecimento de que os débitos que ensejaram suspensão do fornecimento foram ulteriormente quitados.

De qualquer modo, a estancar interpretações outras, inclusive da parte contrária, e para dar cumprimento às regras legais e administrativas que autorizam suspensão de fornecimento na hipótese de mora, complemento a decisão agravada no sentido de que a concessionária não estará impedida, por sua conta e risco, da prática de atos, inclusive eventual suspensão de fornecimento diante da falta de pagamento de faturas outras que não as de quitação comprovadas nos autos.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2122025-54.2018.8.26.0000, da Comarca de Igarapava, em que é agravante ELISEU PEREIRA PARDINHO (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado 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: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.890)**

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

São Paulo, 5 de novembro de 2018.

COUTINHO DE ARRUDA, Relator

Ementa: Agravo de instrumento - ação anulatória de ato jurídico com pedido de tutela de urgência - decisão que indeferiu a tutela requerida por entender não presente a probabilidade do direito invocado pelo autor - possibilidade de prejuízo à parte - depósito judicial do valor do contrato que quer ver anulado - verossimilhança da alegação caracterizada - perigo da irreversibilidade dos efeitos da decisão afastado - tutela de urgência concedida - agravo provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de agravo de instrumento buscando a reforma de decisão que, em ação anulatória, entendeu não estar presente a probabilidade do direito alegado pelo agravante, indeferiu a tutela de urgência requerida por ele.

É o ***RELATÓRIO***.

Inicialmente, destaque-se que o agravante pretende que lhe seja concedida tutela de urgência para obstar descontos consignados em seu benefício previdenciário, relativo a contrato de empréstimo que diz não ter firmado com o réu, ora agravado, aduzindo que o registro do empréstimo consignado irá obstar financiamento que está em trâmite, perante a Caixa Econômica Federal, para aquisição de casa própria, ressaltando-se que realizou depósito do valor creditado pelo réu em sua conta, a título de empréstimo, o qual ele alega não ter contratado.

Cumpre ressaltar que o art. 300 da lei de rito dispõe que:

"***a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.***

§ 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".

"In casu", divisa-se presente o "***perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo***", posto que o registro do empréstimo em seu benefício previdenciário, que ele nega ter firmado, pode ensejar a negativa do financiamento imobiliário em trâmite perante o correspondente imobiliário da Caixa Econômica Federal na Comarca de Igarapava, em vista da óbvia redução de sua capacidade financeira, conforme se vê de fls. 30 do agravo.

No tocante aos "***elementos que evidenciem a probabilidade do direito***", é de se observar que o depósito efetivado nos autos, do valor correspondente ao contrato de empréstimo, não reconhecido pelo autor, por si só, demonstra tal probabilidade, bem como exclui o ***perigo de irreversibilidade dos efeitos da concessão da tutela pleiteada***.

Nesse trilho, forçoso reconhecer a necessidade da concessão da tutela pleiteada, haja vista a possibilidade do prejuízo noticiado pelo recorrente.

Acesso ao Sumário

Destarte, é de rigor a acolhida das razões recursais.

Isto posto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2229542-21.2018.8.26.0000, da Comarca de Carapicuíba, em que é agravante JOSÉ CLAUDIO DA SILVA, é agravado ATLANTICO FUNDO DE INVESTIMENTOS EM DIREITOS CREDITÓRIOS NÃO PADRONIZADOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31611)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores J. B. FRANCO DE GODOI (Presidente) e GILSON DELGADO MIRANDA.

São Paulo, 12 de novembro de 2018.

PAULO ROBERTO DE SANTANA, Relator

Ementa: EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - DECISÃO QUE INDEFERIRA O LEVANTAMENTO DE PENHORA QUE RECAÍRA SOBRE ATIVOS FINANCEIROS DE TITULARIDADE DO AGRAVANTE - DESCABIMENTO - VALOR INFERIOR A 40 SALÁRIOS MÍNIMOS - IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA, NOS TERMOS DO INCISO X, DO ART. 833, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - IRRELEVÂNCIA DA CONTROVÉRSIA ACERCA DA NATUREZA DA CONTA DE DEPÓSITO - PROTEÇÃO QUE NÃO SE LIMITA A ATIVOS EXISTENTES EM CONTA POUPANÇA, ESTENDENDO-SE À CONTA CORRENTE, FUNDO DE INVESTIMENTO OU PAPEL MOEDA, CONFORME ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO COLENDO STJ - DECISÃO REFORMADA - RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por meio eletrônico contra decisão que indeferira o pedido de levantamento da penhora que recaíra sobre ativos financeiros de titularidade do executado, ora agravante.

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

É o relatório.

O inconformismo comporta colhimento.

Conforme já afirmado por ocasião do despacho que indeferira a tutela de urgência recursal, o mandamento contido no inciso X, do art. 833, do Código de Processo Civil (impenhorabilidade da quantia depositada em caderneta de poupança até o limite de 40 salários mínimos) tem viés objetivo, e contempla o valor que, no entender do legislador, se deve proteger para garantir a subsistência mínima do cidadão.

Atento a isto, consolidou-se, no Colendo Superior Tribunal de Justiça, entendimento no sentido de ser irrelevante encontrar-se o citado montante depositado em caderneta de poupança ou outra modalidade de depósito, conforme julgados que ora se transcreve:

"*PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENHORA DE SALÁRIO. ALCANCE. APLICAÇÃO FINANCEIRA. LIMITE DE IMPENHORABILIDADE DO VALOR CORRESPONDENTE A 40 (QUARENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS.*

1. A Segunda Seção pacificou o entendimento de que a remuneração protegida pela regra da impenhorabilidade é a última percebida - a do último mês vencido - e, mesmo assim, sem poder ultrapassar o teto constitucional referente à remuneração de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Após esse período, eventuais sobras perdem tal proteção.

2. É possível ao devedor poupar valores sob a regra da impenhorabilidade no patamar de até quarenta salários mínimos, não apenas aqueles depositados em cadernetas de poupança, mas também em conta-corrente ou em fundos de investimento, ou guardados em papel-moeda. 3. Admite-se, para alcançar o patamar de quarenta salários mínimos, que o valor incida em mais de uma aplicação financeira, desde que respeitado tal limite. 4. Embargos de divergência conhecidos e providos". (EREsp. Nº 1330567/RS, Segunda Seção, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 10.12.2014, DJe 19.12.2014)

"*RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CABIMENTO. EXCEPCIONALIDADE. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DECADÊNCIA. ATO JUDICIAL. TERMO INICIAL. CIÊNCIA DO INTERESSADO. VALOR EM CONTA CORRENTE. LIMITE. 40 SALÁRIOS MÍNIMOS. POUPANÇA. DIGNIDADE. SUSTENTO.*

Acesso ao Sumário

IMPENHORABILIDADE. VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Cinge-se a controvérsia a determinar se é cabível o mandado de segurança contra ato judicial, se é lícita a desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada e se é possível a penhora de numerário existente em conta corrente, inferior a 40 (quarenta) salários mínimos e relacionado ao recebimento de proventos de aposentadoria.

2. A impugnação de ato judicial, pela via do mandado de segurança, somente é admissível se o impetrante comprovar sua teratologia ou flagrante ilegalidade, ou, ainda, a ocorrência de abuso de poder pela autoridade que proferiu a decisão.

3. Na espécie, a impetrante, que é sócia da empresa devedora, tem 82 (oitenta e dois) anos de idade, seu sustento é assegurado por proventos de aposentadoria e teve penhoradas as quantias depositadas em sua conta-corrente em virtude de desconsideração da personalidade jurídica da executada. Assim, a penhora representa aparente contrariedade à expressa previsão do art. 649, X, do CPC/73, que versa sobre a dignidade da subsistência do executado. Essas circunstâncias justificam, na hipótese concreta, o abrandamento da regra restritiva ao cabimento do mandado de segurança.

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

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

6. Recurso ordinário parcialmente provido. Ordem concedida em parte." (RMS 52238/SP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 15.12.2016) (grifos não originais)

Na hipótese, demonstrado que os valores encontrados não superam o limite legal (40 salários mínimos), e não se verificando nenhuma das exceções previstas no §2º, do art. 833, do diploma processual, nada justifica a manutenção do bloqueio, independentemente da natureza dos ativos ou da utilização da referida conta.

Por esses fundamentos, confirma-se a liminar anteriormente deferida para reformar a decisão agravada, determinando-se o levantamento definitivo da penhora que recaíra sobre os ativos encontrados na conta do agravante.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2201675-53.2018.8.26.0000, da Comarca de São Joaquim da Barra, em que é agravante ANTÔNIO CICERO DE SOUSA, é agravado BANCO AGIPLAN S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26829)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente) e WALTER FONSECA.

São Paulo, 12 de novembro de 2018.

MARINO NETO, Relator

Ementa: TUTELA DE URGÊNCIA INDEFERIDA - CONTRATOS BANCÁRIOS - EMPRÉSTIMOS - LIMITAÇÃO DOS DESCONTOS - AGRAVO DE INSTRUMENTO - Decisão que não concedeu a tutela de urgência para determinar ao réu que limite os descontos mensais ao percentual de 30% dos rendimentos líquidos do autor - Empréstimos para pagamento mediante desconto em conta corrente - Retenção de mais da metade dos valores recebidos pelo autor, provenientes de aposentadoria - Limitação que se faz necessária - Preservação do caráter alimentar dos proventos - Inteligência dos artigos 7º, X, da CF e art. 6º, V, do CDC - Imposição de multa de R$ 1.000,00 para cada ato de descumprimento, limitada a R$ 30.000,00 - Decisão reformada. Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão copiada às fls. 26/27 que, na ação de obrigação de fazer cumulada com repetição de indébito e indenização por danos morais[1] ajuizada por **Antonio Cicero de Sousa** em face de **Banco Agiplan S/A**, indeferiu o pedido de tutela de urgência, ao fundamento de que "é o caso, em tese, de uma perícia contábil, como forma de verificar com exatidão os descontos efetuados".

1 Valor da causa: R$ 50.000,00, em setembro de 2018.

Em suas razões, o agravante sustenta que a manutenção dos descontos efetuados em conta corrente está causando lesão grave e de difícil reparação, pois consome quase a totalidade de sua aposentadoria. Assim, requer a antecipação da tutela para limitar os descontos em 30% sobre seus rendimentos líquidos, em consonância com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Recurso recebido e bem processado. A contraminuta foi dispensada porque o banco ainda não foi citado.

É o relatório.

O autor alega na inicial que firmou com o réu quatro empréstimos para pagamento mediante desconto em conta corrente, cujas parcelas, somadas, estão consumindo mais da metade de seus proventos de aposentadoria.

De fato, analisando os extratos bancários juntados aos autos, verifica-se que no mês de agosto de 2018 o autor recebeu R$ 1.618,57 de aposentadoria. O réu descontou as parcelas de R$ 92,12, R$ 298,65, R$ 591,56 e R$ 20,00 de sua conta corrente, totalizando a quantia de R$ 1.002,23. Isso representa, pelo menos a princípio, uma onerosidade excessiva.

O artigo 7º, inciso X, da Constituição Federal, bem como o artigo 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor, têm como princípio a proteção do consumidor em caso de contrato excessivamente oneroso.

Portanto, os elementos constantes dos autos permitem concluir pela verossimilhança das alegações do agravante, além do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação que poderá advir dos descontos mensais das parcelas dos empréstimos, o que viabiliza a concessão da tutela pretendida.

Presentes, pois, os requisitos da antecipação dos efeitos da tutela, nos termos do artigo 300, *caput*, do Código de Processo Civil, de rigor a concessão da tutela provisória, devendo ser limitados os descontos em conta corrente a 30% dos rendimentos líquidos do autor.

Inobstante, a limitação dos descontos em conta corrente não afasta a mora do devedor e não pode impedir o credor de buscar seu crédito de outras formas, como expedição de boletos e, se o caso, negativação dos dados do devedor e ajuizamento de execução judicial.

Isso porque, a dívida foi adquirida espontaneamente pela parte e continua tal como contratada, tendo o banco o direito de cobrá-la por outros meios.

E, concedida a tutela provisória, não há qualquer ilegalidade na fixação de multa pecuniária, nos termos do artigo 537 do Código de Processo Civil, pois sua imposição se destina ao cumprimento da tutela concedida, dando maior efetividade ao processo.

Assim sendo, fixa-se multa de R$ 1.000,00, que incidirá a cada desconto efetuado em desconformidade com o quanto acima estabelecido, limitada a

Acesso ao Sumário

incidência ao valor de R$ 30.000,00, para que não resulte em enriquecimento sem causa da parte contrária, devendo ser intimado pessoalmente o banco réu para cumprimento da ordem.

Posto isso, dá-se provimento ao recurso, nos termos acima expostos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2222449-07.2018.8.26.0000, da Comarca de Paulínia, em que é agravante WAMBERT MACIEL NUNES FEIRANTE - ME, é agravado BANCO SAFRA S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47717c)**

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

São Paulo, 13 de novembro de 2018.

MELO COLOMBI, Relator

Ementa: ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. PESSOA JURÍDICA. DECLARAÇÃO. HIPOSSUFICIÊNCIA. PROVA.

1. Embora o art. 99, parágrafo 3º, do NCPC/2015 preconize a presunção de veracidade da alegação de insuficiência deduzida pela parte, a Constituição Federal e o art. 99, parágrafo 2º, do NCPC/2015, impõem realização de prova da hipossuficiência econômica para que a parte goze desse benefício. Com essa prova, o benefício fica deferido.

2. A apresentação de comprovante de encerramento das atividades da empresa ou outra documentação pertinente permite análise mais ampla da situação econômica da parte que alega hipossuficiência. Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Wambert Maciel Nunes

Feirante - Me contra decisão de fls. 227 que, nos autos da ação anulatória ajuizada em desfavor de Banco Safra S.A., indeferiu os benefícios da justiça gratuita ao agravante.

Inconformado, requer o agravante a concessão da benesse.

Recurso bem processado e respondido, tendo sido deferida a eficácia suspensiva pleiteada.

É o relatório.

Inicialmente, conhece-se do recurso, apesar de não recolhido o preparo, por estar em discussão justamente o direito aos benefícios da assistência judiciária gratuita.

Isso porque, a presunção de impossibilidade de arcar com as custas processuais é apenas relativa, demandando maiores esclarecimentos para evitar concessão do benefício a quem não faz jus a ele.

Por necessitados pode-se também entender a pessoa jurídica que se enquadre nas condições gerais necessárias à concessão do benefício, cuja essência está na impossibilidade de pagar as custas processuais. Não há pré-exclusão da pessoa jurídica se a lei não distinguiu, em momento algum, que a sua destinação era exclusivamente à pessoa física (Pontes de Miranda, "Comentários ao Código de Processo Civil", Forense, 1958, I, 437).

Nesse sentido, julgado do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, "O acesso à ordem jurídica justa que a assistência judiciária gratuita permite não é um direito exclusivo das pessoas físicas, podendo ser reconhecido à sociedade comercial que, sem caixa e sem atividade, busca indenização securitária que destruiu completamente o seu parque industrial" (Agravo de Instrumento nº 50.101-4/7, Guarulhos, Rel. Des. Ênio Santarelli Juliani, em 5.8.97, unânime).

Conforme o disposto no art. 5º inciso LXXIV da Constituição Federal, "*o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*". Desta forma, é preciso que a parte demonstre sua real necessidade para concessão de tal benefício.

E o art. 99, parágrafo 2º, do NCPC/2015, preconiza que havendo elementos nos autos que evidenciem a falta de pressupostos para a concessão, o juiz poderá indeferir o pedido da gratuidade, mas antes de fazê-lo, pode determinar ao interessado que comprove os pressupostos legais para tal deferimento.

Com efeito, a fim de demonstrar a hipossuficiência econômica aventada, o agravante trouxe aos autos cópia da certidão de baixa de inscrição de seu CNPJ (fls. 235), datada em 18.01.2016, justificando, portanto, a isenção das custas processuais.

Assim, diante da prova da hipossuficiência econômica aventada e por não restar elidida a presunção "juris tantum" preconizada no art. 99, parágrafo 3º, do

Acesso ao Sumário

NCPC, de rigor o deferimento da benesse ao agravante.

Posto isso, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2181001-54.2018.8.26.0000, da Comarca de Pedregulho, em que é agravante NLD COMÉRCIO DE VEÍCULOS E PEÇAS LTDA., é agravado REINALDO MAX DOS PASSOS LEITE.

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 23.286)**

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

São Paulo, 14 de novembro de 2018.

RENATO RANGEL DESINANO, Relator

Ementa: AÇÃO DE EXECUÇÃO - Citação - Decisão que não considerou válida a citação do executado e determinou ao exequente que comprove o endereço do devedor - Insurgência do exequente - Alegação de que o aviso de recebimento foi assinado por funcionário da portaria do condomínio onde reside o executado - Descabimento - A citação de pessoa física por via postal exige que a entrega da carta seja feita diretamente ao citando, o qual deve assinar o recibo - Hipótese em que o aviso de recebimento assinado por pessoa diversa do executado - Ademais, não há nos autos a mínima evidência de que o executado resida em condomínio, de modo que não se aplica ao caso o disposto no artigo 247, §4º, do Código de Processo Civil - Decisão mantida - RECURSO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado de decisão que, em "*ação de execução de título executivo extrajudicial*", ajuizada por NLD COMÉRCIO

DE VEÍCULOS E PEÇAS LTDA. contra REINALDO MAX DOS PASSOS LEITE, não considerou válida a citação do executado e determinou ao exequente "*que comprove o endereço para que seja ela novamente remetida (e que seja recebida pessoalmente)*" (fl. 10).

Recorre o exequente. Afirma que, após a tentativa frustrada de citação do executado no endereço mencionado na petição inicial, "*obteve nova informação, de forma verbal e por meio de consultas a softwares de localização de endereços, de que o Executado poderia ser localizado no seguinte endereço: Avenida Atlântica, nº 1673, casa 118 - Balneário Guarujá - CEP: 11442-070 Guarujá/SP*" (fl. 04). Aduz que neste local foi efetivada a citação. Argumenta que a citação é válida, uma vez que o executado reside em condomínio e o aviso de recebimento foi assinado por funcionário da portaria, de modo que se aplica ao caso o disposto no artigo 248, §4º, do Código de Processo Civil. Alega que, se o executado não residisse no local, a pessoa que assinou o aviso de recebimento teria recusado a correspondência. Sustenta que a exigência de comprovação documental do endereço do executado não está amparada em previsão legal. Requer a concessão de efeito ativo.

Recurso recebido sem a concessão do efeito pleiteado.

É o relatório.

PASSO A VOTAR.

Trata-se de ação de execução ajuizada por NLD COMÉRCIO DE VEÍCULOS E PEÇAS LTDA. contra REINALDO MAX DOS PASSOS LEITE, buscando a satisfação de crédito no valor de R$ 25.491,93.

Segundo consta dos autos, restou frustrada a tentativa de citação do executado no endereço indicado pelo exequente na petição inicial (fl. 45).

Verifica-se, ademais, que o exequente pleiteou a citação do devedor, por via postal, no endereço situado na Avenida Atlântica, nº 1673, casa 118, Balneário Guarujá, Guarujá (SP) (fls. 46/47).

Contudo, o aviso de recebimento retornou assinado por terceiro estranho à lide (fl. 52).

Intimado a se manifestar sobre tal fato (fls. 53/54), o exequente defendeu a validade da citação, sob o argumento de que o executado reside em condomínio, razão pela qual se aplica ao caso o disposto no artigo 248, §4º, do Código de Processo Civil.

Assim é que o D. Juízo *a quo* se pronunciou, nos seguintes termos (fl. 10):

> "*Não considero a citação válida, ficando determinado ao exequente que comprove o endereço para que seja ela novamente remetida (e que seja recebida pessoalmente)*".

Contra esta decisão insurge-se o exequente, ora agravante.

Acesso ao Sumário

A pretensão, contudo, não merece acolhida.

Com efeito, o artigo 247 do Código de Processo Civil determina que a citação será feita pelo correio, com exceção dos casos ali previstos.

Ademais, o artigo 248, § 1º, do Código de Processo Civil, exige que a entrega seja feita diretamente ao citando, o qual deve assinar o recibo.

Nesse sentido, confira-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"*Embargos de divergência. Corte Especial. Citação por AR. Pessoa física. Art. 223, parágrafo único, do Código de Processo Civil.*

1. A citação de pessoa física pelo correio deve obedecer ao disposto no art. 223, parágrafo único, do Código de Processo Civil, necessária a entrega direta ao destinatário, de quem o carteiro deve colher o ciente.

2. Subscrito o aviso por outra pessoa que não o réu, o autor tem o ônus de provar que o réu, embora sem assinar o aviso, teve conhecimento da demanda que lhe foi ajuizada.

3. Embargos de divergência conhecidos e providos." (EREsp 117.949/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/08/2005, DJ 26/09/2005, p. 161).

Confira-se, ainda, julgado deste E. Tribunal de Justiça:

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO - Execução de título extrajudicial - Decisão reconheceu nulidade de citação postal do agravado (pessoa física) - Carta recebida por terceira pessoa - Inviabilidade de aplicação da teoria da aparência - Nulidade da citação postal quando recebida por terceiro estranho ao processo - Inteligência do art. 248, § 1º, do NCPC - Precedentes - Decisão mantida - Recurso negado.*" (TJSP; Agravo de Instrumento 2125662-13.2018.8.26.0000; Relator (a): Francisco Giaquinto; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro de Pontal - 1ª Vara; Data do Julgamento: 28/08/2018; Data de Registro: 28/08/2018).

Na hipótese dos autos, foi expedida carta para citação do executado REINALDO MAX DOS PASSOS LEITE (fl. 51), mas o aviso de recebimento foi assinado por pessoa diversa, BEATRIZ DE OLIVEIRA SOUZA (fl. 52).

Nesse contexto, é certo que não restou demonstrado, de forma cabal, que o executado tem ciência da presente demanda.

Ressalte-se que não socorre o exequente a pretensão de aplicar ao caso o disposto no artigo 248, §4º, do Código de Processo Civil, segundo o qual nos "*condomínios edilícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a entrega do mandado a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência, que, entretanto, poderá recusar o recebimento, se declarar, por escrito, sob as penas da lei, que o destinatário da correspondência está*

Acesso ao Sumário

ausente".

É que, conquanto o exequente afirme que o executado reside em condomínio, não há nos autos elemento algum que permita tal conclusão.

Ademais, causa estranheza que o exequente afirme ter obtido o endereço por meio de *software* de localização de endereço, mas não tenha juntado aos autos documento extraído a partir do referido programa de computador.

Por fim, ainda que inexista exigência legal quanto à comprovação do endereço do executado, a nulidade de citação é matéria de ordem pública, de modo que, evidentemente, o magistrado tem o poder de exigir tal comprovação diante da suspeita de que o ato praticado não é válido.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2072572- 90.2018.8.26.0000, da Comarca de Taubaté, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravada FLAVIA REGINA FERREIRA.

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 66.447)**

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

São Paulo, 21 de novembro de 2018.

JOÃO BATISTA VILHENA, Relator

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA -

COMPETÊNCIA - Pleito que não está restrito ao foro onde tramitou a ação coletiva, podendo ser deduzido pelo poupador no foro de seu domicílio - Entendimento pacificado pelo STJ em análise de recurso repetitivo - Prefacial afastada.

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EXECUÇÃO INDIVIDUAL - ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA - Erro de cálculo que não foi efetivamente demonstrado.

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EXECUÇÃO INDIVIDUAL - EXECUÇÃO INDIVIDUAL - 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 - INCLUSÃO DE

Acesso ao Sumário

OUTROS EXPURGOS NÃO CONTEMPLADOS NA SENTENÇA EXEQUENDA - Adequação - Admissibilidade da incidência dos expurgos inflacionários posteriores ao Plano Verão, como correção monetária plena do débito judicial - Base de cálculo em que se considera o saldo existente ao tempo do plano econômico em questão na lide, e não os valores de depósitos da época de cada plano subsequente - Entendimento pacificado pelo STJ em análise de repetitivo.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EXECUÇÃO INDIVIDUAL - 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 desprovido.

VOTO

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

Alega o agravante, em síntese: ilegitimidade ativa; necessidade de realização de prévia liquidação de sentença; atualização monetária do débito que deve ser feita pelos índices da poupança; que a adoção do índice de 42,72% para o mês de janeiro de 1989 tem como consequência lógica a aplicação do índice de 10,14% para o mês de fevereiro de 1989; juros moratórios de 0,5% ao mês, a contar da fase de liquidação de sentença; juros remuneratórios com incidência única no mês de fevereiro de 1989; descabimento da incidência de outros planos econômicos; reconhecimento da sucumbência recíproca acaso venha a ser parcialmente provido o recurso.

É O RELATÓRIO.

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

Acesso ao Sumário

decidido no Recurso Extraordinário antes apontado ao presente caso concreto.

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

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

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

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

Acesso ao Sumário

domicílio ou no Distrito Federal; b) ***os poupadores ou seus sucessores detêm legitimidade ativa - também por força da coisa julgada -, independentemente de fazerem parte ou não dos quadros associativos do Idec, de ajuizarem o cumprimento individual da sentença coletiva proferida na Ação Civil Pública n. 1998.01.1.016798-9****, pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF. 2. Recurso especial não provido.* (Segunda Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 13.08.2014)

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

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

No que tange à alegada **incompetência do juízo** para o trâmite do pedido de cumprimento de sentença, como dito alhures, não há mais qualquer controvérsia sobre a possibilidade de ser ajuizado tal pleito no **foro do domicílio do poupador**, como no caso dos autos, cumprindo apenas destacar que o pedido em questão não se refere à ação civil pública aludida nas razões recursais, que tramitou no Distrito Federal, mas, à Ação Civil Pública sob o nº 0403263-60.1993.8.26.0053, perante a 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital.

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

"*DIREITO PROCESSUAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, CPC). DIREITOS METAINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO X BANESTADO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE. ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. IMPROPRIEDADE. REVISÃO JURISPRUDENCIAL. LIMITAÇÃO AOS ASSOCIADOS. INVIABILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA.*

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC:

1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo

Acesso ao Sumário

(arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC).

1.2. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2º-A, caput, da Lei n. 9.494/97.

2. Ressalva de fundamentação do Ministro Teori Albino Zavascki.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido" (REsp nº 1243887-PR, Corte Especial, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19/10/2011).

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

Ora, embora este desvio, não é caso de reconhecer-se aqui qualquer nulidade, mesmo porque por outro tortuoso modo conseguiu-se chegar ao desfecho da liquidação, em decisão contra a qual interposto o agravo sob análise.

No que toca ao **índice para correção do saldo existente na conta poupança** em janeiro e fevereiro de 1989, não demonstrou efetivamente o agravante em conta que tivesse elaborado, erro de cálculo, extraindo-se que a diferença final existente entre o quanto pretendido pelo agravado e o quanto reconhecido pelo agravante deve-se substancialmente ao acréscimo de correção monetária, juros remuneratórios e juros moratórios.

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

Acesso ao Sumário

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

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

*"Agravo de instrumento. **Ação civil pública**. Expurgos Inflacionários. Liquidação de sentença transitada em julgado. Prevenção desta c. Câmara para apreciação dos recursos oriundos do processo nº 0403263-60.1993.8.26.0053, que tramitou perante a 6ª Vara da Fazenda Pública*

da Comarca da Capital.

(...)

Correção monetária. Atualização devida para preservação do valor intrínseco da moeda. Utilização dos índices da Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, desde fevereiro de 1989 até o efetivo pagamento.

(...)

Recurso improvido" (Apel. nº 2200474-31.2015.8.26.0000, 17ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Tércio Pires, j. 30/03/2016).

No que toca à questão da correção monetária e à **incidência de expurgos inflacionários de outros planos econômicos** não contemplados na sentença exequenda, veja-se que o problema apontado nas razões recursais é inexistente.

Bem sabe o agravante, posto que instituição financeira, que a base de cálculo da correção monetária, que se aplica sempre sobre qualquer dívida judicial, independentemente de disposição expressa em sentença ou qualquer outra decisão, e sim por força de lei, tem como base para sua incidência, no caso em análise, o saldo existente em conta poupança em janeiro de 1989, isto para que haja mera atualização do montante que se apure devido, e daí, naturalmente, incidirão, respeitado o mecanismo legal aludido, os demais expurgos referentes aos planos econômicos não contemplados na sentença, planos econômicos posteriores, o que de modo algum significa acrescer encargos à dívida tratada, pois, correção monetária é algo que se limita a tornar o montante da condenação atual, não substancialmente maior do que originalmente fixado. Existe, nesse sistema, mera recomposição do valor real da dívida, e assim não fosse feito, aquela última seria injustamente reduzida em face da corrosão inflacionária apurada em determinado período, e com isto ganhariam apenas aqueles que fazem de tudo para procrastinar processos arguindo matérias que não têm a menor razão de ser, nem mesmo no quanto se trata da repercussão econômico-financeira de determinado julgamento judicial, repercussão esta que deveria ser facilmente perceptível ao agravante.

Nada mais é necessário dizer, até porque a questão já foi objeto de definição no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, inclusive em sede dos **Recursos Repetitivos nº 1314478/RS e nº 1392245/DF**, o que se fez em conformidade como quanto acima foi exposto, como se pode conferir:

*DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. **EXPURGOS INFLACIONÁRIOS**. PLANO VERÃO. **EXECUÇÃO. INCLUSÃO DE EXPURGOS INFLACIONÁRIOS** SUBSEQUENTES. CABIMENTO. CORREÇÃO MONETÁRIA PLENA.*

*1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: "Na **execução** de sentença*

Acesso ao Sumário

*que reconhece o direito de poupadores aos **expurgos inflacionários** decorrentes do Plano Verão (janeiro de 1989), incidem os **expurgos inflacionários posteriores** a título de correção monetária plena do débito judicial, que terá como base de cálculo o saldo existente ao tempo do referido plano econômico, e não os valores de eventuais depósitos da época de cada plano subsequente".*

2. Recurso especial não provido. (REsp nº 1314478/RS 2ª Seção, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 13/05/2015).

*DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. **EXPURGOS INFLACIONÁRIOS**. PLANO VERÃO (JANEIRO DE 1989). **EXECUÇÃO** INDIVIDUAL. **INCLUSÃO** DE JUROS REMUNERATÓRIOS E DE EXPURGOS SUBSEQUENTES. OMISSÃO DO TÍTULO.*

*1. Na **execução** individual de sentença proferida em ação civil pública que reconhece o direito de poupadores aos **expurgos inflacionários** decorrentes do Plano Verão (janeiro de 1989):*

*1.1. Descabe a **inclusão** de juros remuneratórios nos cálculos de liquidação se inexistir condenação expressa, sem prejuízo de, quando cabível, o interessado ajuizar ação individual de conhecimento;*

*1.2. Incidem os **expurgos inflacionários posteriores** a título de correção monetária plena do débito judicial, que terá como base de cálculo o saldo existente ao tempo do referido plano econômico, e não os valores de eventuais depósitos da época de cada plano subsequente.*

2. Recurso especial parcialmente provido. (REsp nº 1392245/DF, 2ª Seção, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 08/04/2015).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA N. 1998.01.016798-9 DE BRASÍLIA/DF. IDEC VS. BANCO DO BRASIL. PLANO VERÃO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. PLANOS ECONÔMICOS POSTERIORES. INCLUSÃO EM EXECUÇÃO INDIVIDUAL. POSSIBILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA. NÃO OCORRÊNCIA. CORREÇÃO MONETÁRIA PLENA.

1. A determinação legal quanto à suspensão dos processos disposta no art. 543-C, §§ 1º e 2º, do CPC não se aplica aos processos que já se encontram no Superior Tribunal de Justiça. (AgRg no ARE no RE nos EDcl no AgRg no REsp 1359153/AL, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/11/2014, DJe 27/11/2014).

2. Na ação civil pública n. 1998.01.016798-9, que tramitou na 12ª Vara Cível de Brasília/DF, tendo o Banco do Brasil S.A. sido condenado a pagar os expurgos inflacionários do Plano Verão (janeiro de 1989),

Acesso ao Sumário

é cabível, na fase de execução individual, a inclusão dos expurgos posteriores a título de correção monetária plena, que têm como base de cálculo o saldo existente nas contas de poupança ao tempo do referido plano econômico. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1462887/DF, 4ª Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 11/12/2014).

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 definido como a 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,

Acesso ao Sumário

que é de rigor evitar.

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

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

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

Basta esta constatação para proclamar-se aqui a persistência da coisa julgada, e, assim, a determinação de que o marco inicial de fluência dos juros moratórios é correspondente, na hipótese, à data de citação na Ação Civil Pública adrede apontada.

Ainda, no que se refere ao **percentual dos juros de mora** este restou definido na ação civil pública, em 0,5% ao mês até a entrada em vigor do Novo Código Civil e após em 1% ao mês, não havendo o que ser alterado.

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

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

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

Acesso ao Sumário

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

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

"*AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS.*

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. JUROS REMUNERATÓRIOS. PEDIDO EXPRESSO. POSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

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

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

No que toca à **verba honorária** requereu o agravante fosse reconhecida a sucumbência recíproca em caso de acolhimento parcial do recurso, todavia, sequer houve condenação em honorários advocatícios, e, sendo assim, fica prejudicado tal pleito.

Quanto aos honorários recursais, destaque-se que a regra prevista no §11, do art. 85, do Código de Processo Civil se refere à possibilidade de majoração da verba honorária quando do julgamento de recurso pelo Tribunal.

Assim, para ser possível a aplicação do quanto naquele referido parágrafo previsto, o que seja, para que o Tribunal possa majorar a verba honorária em grau de recurso, antes é necessário que esta tenha sido arbitrada em primeiro grau.

Como não houve prévia fixação de honorários na decisão agravada, não há como aplicar aquela regra ao presente caso.

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

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2145874-55.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MERCOFIRE COMERCIAL LTDA. EPP, é agravado JUAN MANUEL QUIRÓS SADIR.

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 33328)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAIA DA ROCHA (Presidente), ADEMIR BENEDITO e SILVEIRA PAULILO.

São Paulo, 3 de dezembro de 2018.

MAIA DA ROCHA, Relator

Ementa: PENHORA - Incidência sobre 10% dos vencimentos do agravado - Impossibilidade - Impenhorabilidade do art. 833, IV, do CPC - Vedação à expropriação direta - Decisão mantida - Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face da r. decisão de fls. 53/54, proferida em execução de título extrajudicial, que acolheu a impugnação à penhora ofertada pelo agravado, afastando a penhora anteriormente deferida de 10% dos salários do executado.

Sustenta a agravante que as diversas pesquisas realizadas nos principais sistemas para localização de bens passíveis de penhora não lograram êxito; que a demanda se arrasta desde 2012 sem qualquer satisfação do débito. Argumenta que foi deferida a penhora mensal sobre 10% do salário do agravado, sendo inclusive expedido ofício para tanto; que posteriormente, após a impugnação do agravado foi determinada a suspensão de referida medida; que a penhora pretendida não afetaria a subsistência do agravado, de forma que entende ser plenamente possível sua concessão. Alega que o agravado aufere quase R$20.000,00 mensais, muito superior a maioria da população.

Recurso tempestivo, preparado, regularmente processado e com contrariedade.

É o relatório.

Pugna o agravante pela reforma do julgado, para que seja determinada a penhora mensal de 10% do salário do agravado.

Preliminarmente, ressalte-se que o recurso foi devidamente preparado, visto que, sendo os presentes autos digitais, desnecessário o recolhimento do porte de retorno dos autos.

Pois bem, na concepção legal, "salário" representa a quantia devida e paga diretamente pelo empregador ao empregado a título de contraprestação do serviço prestado pelo último ao primeiro[1].

Acesso ao Sumário

1 **Art. 457 da CLT**. Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do **salário devido e pago diretamente pelo empregador**, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber (Redação de acordo com a Lei nº 1.999, de 01.10.1953).

§ 1º. Integram o salário, não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens,

A impenhorabilidade prevista no artigo 833, inciso IV, do CPC alcança o valor acima apontado no momento do seu pagamento, de modo que a lei veda a expropriação direta, antes da entrega da remuneração ao empregado, para impedir que permaneça à míngua sem condição mínima de subsistência.

Ratificando o entendimento aqui explanado, transcrevem- se as seguintes jurisprudências acerca do tema, *in verbis*:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - PRETENSÃO DE PENHORA DE 30% DO SALÁRIO, COM DESCONTO DIRETAMENTE DA FOLHA DE PAGAMENTO DO AGRAVADO - INADMISSIBILIDADE - presunção de que os valores recebidos a título de salário são integralmente necessários ao sustento do devedor, razão pela qual não se admite a penhora de vencimentos diretamente da folha de pagamento - deferimento que representaria clara violação ao art. 7º, X da CF e ao art. 649, IV do CPC - agravo desprovido. 7ºXCF649IVCPC" (121941820128260000 SP 0012194-18.2012.8.26.0000, Relator: Castro Figliolia, Data de Julgamento: 29/02/2012, 12ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 29/02/2012)*
>
> *"PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1. A PENHORA DO SALÁRIO DIRETAMENTE NA FOLHA DE PAGAMENTO DO DEVEDOR APENAS É POSSÍVEL QUANDO SE TRATAR DE VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR, NÃO SENDO ESSA A HIPÓTESE DOS AUTOS, RAZÃO POR QUE SE AUTORIZOU, TÃO-SOMENTE, A CONSTRIÇÃO DO PERCENTUAL DE 30% DOS VALORES DEPOSITADOS EM CONTAS-BANCÁRIAS DE TITULARIDADE DO EXECUTADO. 2. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. DECISÃO MANTIDA." (139116420108070000 DF 0013911-64.2010.807.0000, Relator: JOÃO BATISTA TEIXEIRA, Data de Julgamento: 01/12/2010, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: 14/12/2010, DJ-e Pág. 92)*
>
> *"AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE NEGA SEGUIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO MANIFESTAMENTE*

gratificações ajustadas, diárias para viagem e abonos pagos pelo empregador (Redação de acordo com a Lei nº 1.999, de 01.10.1953).

§ 2º. Não se incluem nos salários as ajudas de custo, assim como as diárias para viagem que não excedam de cinqüenta por cento do salário percebido pelo empregado (Redação de acordo com a Lei nº 1.999, de 01.10.1953).

§ 3º. Considera-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também aquela que for cobrada pela empresa ao cliente, como adicional nas contas, a qualquer título e destinada à distribuição aos empregados (Parágrafo acrescentado pelo Decreto-Lei nº 229, de 28.02.1967).

IMPROCEDENTE. CPC, ART. 557. PENHORA DE SALÁRIO DO DEVEDOR. IMPOSSIBILIDADE. EMBORA OS PRETENDIDOS DESCONTOS MENSAIS EM FOLHA DE PAGAMENTO SEJAM O MEIO MAIS CÉLERE DE O AGRAVANTE OBTER O ADIMPLEMENTO DO DÉBITO, É CERTO QUE, PARA O DEVEDOR, REPRESENTAM FORMA DE EXCUSSÃO EXTREMAMENTE GRAVOSA E DESPIDA DE AUTORIZAÇÃO LEGAL, POIS OS DESCONTOS SUCESSIVOS EM FOLHA DE PAGAMENTO SOMENTE SÃO ADMISSÍVEIS QUANDO O DÉBITO TEM ORIGEM ALIMENTAR, CONFORME PRECEITUA O § 2º DO ART. 649 DO CPC. CPC557§2º649CPC" (25759720098070000 DF 0002575-97.2009.807.0000, Relator: WALDIR LEÔNCIO C. LOPES JÚNIOR, Data de Julgamento: 22/04/2009, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: 06/05/2009, DJ-e Pág. 141)

Desta forma, caracterizada a hipótese de impenhorabilidade referida no art. 833, IV, do CPC, e considerando que o montante auferido pelo agravado não supera cinquenta salários mínimos, de rigor a manutenção da r. decisão guerreada.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2134566-22.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CLAUDEMIR GOMES DA CONCEIÇÃO (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é agravado SOCIEDADE EDUCACIONAL DAS AMÉRICAS S/A (MANTENEDORA DA FAM - FACULDADE DAS AMÉRICAS).

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 43153)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MORAIS PUCCI (Presidente) e GILBERTO LEME.

São Paulo, 5 de novembro de 2018.

MELO BUENO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS - Cumprimento de sentença homologatória de

acordo - Bloqueio de ativos financeiros - Ausência de comprovação de que a conta corrente se destina somente ao recebimento de salário - Existência de depósitos em conta corrente distintos dos proventos salariais - Impenhorabilidade afastada - Decisão mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Agravo de instrumento contra r. decisão de fls.128, que indeferiu o pedido de desbloqueio de ativos financeiros, nos autos do cumprimento de sentença homologatória de acordo, fundada em prestação de serviços educacionais. O agravante sustenta, em síntese, ser inegável o caráter alimentar dos valores bloqueados, eis que provenientes de seu trabalho, não sendo suficiente, para o bloqueio integral dos valores, a existência de outros depósitos realizados por liberalidade de terceiros, que, além de se referirem a valores de pouca monta, são destinados exclusivamente ao seu sustento.

O recurso foi processado no efeito suspensivo, com resposta (fls.143/156).

É o relatório.

Iniciado o cumprimento de sentença homologatória de acordo, sem a satisfação do débito, foi deferida a busca de ativos até o limite de R$11.487,81, procedendo-se ao bloqueio do valor de R$741,70 na conta de titularidade do agravante, motivo do inconformismo.

Com efeito, conforme se verifica dos extratos bancários da conta de titularidade do agravante, a despeito de esta ser utilizada para recebimento de seus proventos, como bem observado pelo d. magistrado, "**(...) a conta alcançada via Bacen-Jud não é alimentada exclusivamente com verba de natureza salarial. Muito pelo contrário: está repleta de créditos via 'TBI', 'DOC', 'TED', 'depósito em dinheiro' e 'CEI' (vide fls. 83/88 e 101/102).**", créditos, portanto, distintos dos proventos percebidos pelo agravante, razão pela qual a impenhorabilidade prevista no art. 833, IV, do CPC/15, não pode ser aplicada no presente caso.

E, não comprovada a origem de tais créditos, não há como afastar a constrição, sendo insuficiente a mera alegação de que se trata de depósitos realizados por liberalidade de terceiros e destinados à sua subsistência. Verifica-se que o valor constrito se refere a um dos depósitos realizados, restando preservado, portanto, os proventos salariais do agravante.

Assim, não comprovada a natureza alimentar dos depósitos existentes na conta corrente do agravante e distintos de sua verba salarial, não há como prosperar a irresignação manifestada.

Deste modo, ausente prova do desacerto da r. decisão, forçosa a sua

Acesso ao Sumário

manutenção pelos seus próprios fundamentos, revogando-se a liminar concedida à fl.134.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2173306-49.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante EDUARDO VALENTIN, são agravados ELITE PARK ESTACIONAMENTOS LTDA., MOEMA HALL SHOW E EVENTOS LTDA. e ALLIANZ SEGUROS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.327)**

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

São Paulo, 7 de novembro de 2018.

BONILHA FILHO, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento. Prestação de serviços de 'valet', oferecidos por Casa noturna. Contrato de depósito. Ação de indenização por dano moral e material. Entrega indevida de veículo a terceiro. Impugnação ao cumprimento de sentença oferecida pela Seguradora. Acolhimento. Desconto da franquia da indenização devida à vítima. Impossibilidade. O desconto somente é oponível em relação à empresa segurada. Condenação solidária entre as rés. Seguradora que poderá, pelas vias próprias, se for o caso, buscar ressarcimento junto ao segurado. Recurso provido.

VOTO

Agravo Instrumental interposto por Eduardo Valentin contra a decisão de fls. 570 da lide digital, declarada às fls. 576 e 583, proferida nos autos do incidente de cumprimento de sentença, instaurado em ação reparatória, ajuizada

em face de Elite Park Estacionamentos Ltda. e outros, que acolheu a impugnação da Seguradora, porque a franquia deve ser deduzida da indenização securitária, como constou em decisão de Embargos de Declaração, determinando a remessa dos autos ao Contador para apuração do crédito em face da Seguradora.

Na minuta recursal, sustenta a parte agravante ser terceiro indenizado e, que, por isso, não há que suportar o desconto da franquia do sinistro, por ser de responsabilidade das partes contratantes, ora agravadas. Defende que a sentença imputou o pagamento da franquia aos réus, certo que o agravante não participou da relação contratual de seguro. Pede a reforma da decisão, para que seja afastada a dedução da franquia securitária do valor a ele devido, por ser responsabilidade exclusiva do segurado.

Recurso tempestivo, preparado (fls. 05/07), processado com efeito suspensivo e respondido, apenas, por Allianz Seguros (fls. 605/610). As demais agravadas se quedaram inertes, nos termos da certidão de fls. 614.

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

É o relatório.

Trata-se de cumprimento de sentença de parcial procedência, para condenar as requeridas, solidariamente, ao pagamento do montante de R$ 5.000,00, acrescido de correção monetária e juros de mora, que, ao acolher a impugnação da Seguradora, determinou a dedução da franquia da indenização securitária, porque a questão teria restado explicitada, na decisão dos Aclaratórios opostos em face da sentença.

O autor insurge-se contra a decisão, porque, sendo terceiro indenizado, não pode sofrer o desconto da franquia, por ser reponsabilidade das partes do contrato de seguro.

Respeitada a convicção do d. Magistrado, a irresignação recursal comporta acolhida.

Importante destacar o dispositivo da sentença: "*Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido da ação ajuizada por EDUARDO VALENTIN contra ELITE PARK ESTACIONAMENTOS LTDA, MOEMA HALL SHOW E EVENTOS LTDA e ALLIANZ SEGUROS S/A, para condenar as requeridas, de forma solidária, ao pagamento de R$ 5.000,00, com correção monetária a contar do desembolso e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. Diante da sucumbência recíproca, cada parte arcará com o pagamento de metade das custas e despesas processuais, compensando-se os honorários advocatícios. P.R.I.*"

Após a oposição de Aclaratórios, pela Seguradora, a decisão foi declarada, nos seguintes termos:

"*Vistos. Não há omissão, contradição ou obscuridade na sentença*

prolatada a fls. 343/346. Os recursos interpostos, sob o rótulo de embargos de declaração, objetivam discutir a correção do julgado, tendo, pois, nítido caráter infringente. ***Ora, a responsabilidade da seguradora foi estabelecida nos limites da apólice, sendo necessária, portanto, a dedução da franquia estabelecida entre os contratantes****. De outro lado, 'o juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um os seus argumentos' (JTACSP-LEX 135/436- Rel. Juiz Adail Moreira). Logo, deverão as partes inconformadas recorrer utilizando-se dos meios adequados, razão pela qual conheço dos embargos, mas nego-lhes provimento. Intime-se*". (grifei)

Inquestionável que o valor da franquia do seguro é de responsabilidade do segurado e, não, da vítima - terceiro indenizado.

Logo, não se pode admitir que haja qualquer desconto do montante indenizatório a esse título, em desfavor da vítima.

A propósito, destaca-se o teor da Súmula 537, do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe: "*Em ação de reparação de danos, a seguradora denunciada, se aceitar a denunciação ou contestar o pedido do autor, pode ser condenada, direta e solidariamente junto com o segurado, ao pagamento da indenização devida à vítima, nos limites contratados na apólice*".

Assim, a sentença bem observou a matéria, atrelada aos limites contratados na apólice, tanto que a decisão dos Embargos de Declaração opostos em face da sentença bem consignou: "*Ora, a responsabilidade da seguradora foi estabelecida nos limites da apólice, sendo necessária, portanto, a* ***dedução da franquia estabelecida entre os contratantes***" (grifei)

Ao contrário da interpretação dada na decisão agravada, pelo MM. Juízo 'a quo', bem como do sustentado pela Seguradora em contraminuta, não se evidencia possível a dedução do valor da franquia da importância devida ao agravante, terceiro indenizado, porque, atendidos os limites de indenização previstos na apólice, a Seguradora agravada, diante da condenação solidária imposta na sentença (fls. 391/393 do recurso), mantida pelo v. Aresto de minha Relatoria (fls. 472/484 do Instrumento), é responsável pelo pagamento da indenização.

Por esses motivos, considerando o fato de que o pagamento da franquia é de responsabilidade da empresa segurada, logicamente, não pode ser oposta ao autor no momento da indenização, de sorte que pode ser deduzida, apenas, em relação à segurada.

Nesse sentido confiram-se os seguintes precedentes desta Corte Bandeirante, que reconhecem a impossibilidade de dedução do valor da franquia,

em relação à vítima:

> "Ação de indenização por danos morais e materiais - Falecimento da filha dos autores, enquanto brincava, sob monitoramento dos prepostos do requerido, em parque infantil disponibilizado no interior de Hotel pertencente ao requerido (...) Lide secundária - Possibilidade de dedução do valor da franquia dos valores segurados - Desconto oponível somente em relação à denunciante, não podendo ser oposto em relação às vítimas do acidente - Sentença de parcial procedência - Reforma parcial - Recursos dos autores e dos requeridos providos em parte. Dá-se parcial provimento aos recursos" (TJSP; Apelação 1102544-55.2014.8.26.0100; Relator (a): Marcia Dalla Déa Barone; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 22ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/11/2017; Data de Registro: 30/11/2017);
>
> "TRANSPORTE URBANO DE PASSAGEIROS. Queda em coletivo. Fratura de vértebra. Dano material, moral. Importe. 1. O transportador responde objetivamente pelos danos causados aos passageiros, não sendo excludente de responsabilidade a culpa de terceiro. 2. A indenização por dano moral deve ser suficiente para compensar o abalo sofrido e também para punir e inibir a reincidência da conduta lesiva do causador do dano, observadas a extensão do dano e a condição econômica das partes. Majoração para R$25.000,00. 2. Em se tratando de responsabilidade contratual os juros moratórios são computados desde a citação. **3. O valor de franquia é de responsabilidade do segurado e não do terceiro indenizado.** 4. Honorários advocatícios arbitrados em 20% do valor total atualizado das condenações. RECURSO DA AUTORA PROVIDO E PARCIALMENTE PROVIDO O DA SEGURADORA." (TJSP; Apelação 0012856-39.2013.8.26.0002; Relator (a): Silvia Maria Facchina Esposito Martinez; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/08/2016; Data de Registro: 31/08/2016)

Logo, a franquia deverá ser resolvida em sede própria entre as partes contratantes do seguro.

Assim, a dedução da franquia não pode ser oponível ao agravante, terceiro indenizado e alheio ao pacto securitário, de sorte que fica afastada a dedução da franquia securitária do valor devido ao autor.

Pelo exposto, **dou provimento** ao recurso, nos termos ora enunciados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2219062-81.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS S/A, é agravado CENTER NORTE S/A - CONSTRUÇÃO EMPREENDIMENTO ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÃO.

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 31.870)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CRISTINA ZUCCHI (Presidente) e NESTOR DUARTE.

São Paulo, 13 de novembro de 2018.

GOMES VARJÃO, Relator

Ementa: Seguro de veículo. Ação regressiva de ressarcimento de danos materiais. Decisão que exclui do polo passivo o Shopping Center e inclui a administradora do estacionamento. Locação do estacionamento que não exime o shopping da responsabilidade pelos serviços que oferece seja ele gratuito ou oneroso. Decisão reformada para manter o Shopping Center Norte no polo passivo da ação. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra decisão que, em ação regressiva de ressarcimento de danos materiais, excluiu do polo passivo da lide o Center Norte S.A. - Construção, Empreendimentos, Administração e Participação e determinou a inclusão, como ré, de All Park Empreendimentos Participações e Serviços Ltda., condenou a autora ao pagamento das custas e despesas processuais dispendidas pelo réu, bem com honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa atualizado (fls. 15/16).

Alega a autora que a decisão recorrida merece ser reformada. Sustenta que a agravada deve responder pelo ressarcimento referente ao furto do veículo que se encontrava estacionado dentro do estacionamento do shopping. Acrescenta que o shopping é tão responsável quanto a administradora contratada, eis que utiliza-se deste chamariz, estacionamento pago, para atrair clientes. Afirma

Acesso ao Sumário

que embora seja correta a inclusão da All Park, o mesmo não se pode dizer da exclusão do Shopping Center. Ressalta que a responsabilidade do shopping pelo ressarcimento é entendimento jurisprudencial. Sob tais fundamentos, requer a concessão do efeito suspensivo e a reforma da r. decisão recorrida.

Recebido o recurso no efeito suspensivo (fls. 385), houve apresentação de contraminuta (fls. 390/396).

É o relatório.

Cuidam os autos de ação regressiva de ressarcimento, fundada em contrato de seguro de veículo, que foi furtado dentro do estacionamento oferecido pelo Shopping Center Norte, enquanto o segurado realizava compras dentro do referido estabelecimento. O shopping center alegou ilegitimidade passiva que foi acolhida pela decisão agravada, excluindo-o do polo passivo e incluindo a administradora do estacionamento All Park Empreendimentos Participações e Serviços Ltda., ensejando o recurso em análise.

O inconformismo da agravante merece acolhimento.

O fato de o espaço de estacionamento ser locado à All Park Empreendimentos Participações e Serviços Ltda. não exime o Shopping da responsabilidade perante os clientes pelos serviços que presta.

As obrigações assumidas pelas empresas em decorrência da relação locativa somente vigora entre elas, sendo irrelevante perante os consumidores, pois todo serviço disponibilizado nas dependências do Shopping são de sua responsabilidade, seja ele gratuito ou oneroso.

Nesse sentido a Súmula 130 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: "A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorrido em seu estacionamento."

Desta forma, o reconhecimento da legitimidade passiva do Shopping Center Norte para constar do polo passivo da ação regressiva interposta, é de rigor, com a reforma parcial da decisão neste item.

Nada obsta que a administradora do estacionamento seja incluída no polo passivo de referida ação, eis que a essa inclusão não se opõe a autora.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para manter no polo passivo da ação regressiva o Shopping Center Norte.

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2183821-46.2018.8.26.0000, da Comarca de Cotia, em que é agravante L.E.D.,

Acesso ao Sumário

são agravados H.R.P. e S.R.R.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram Provimento ao Recurso V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.758)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMPOS PETRONI (Presidente sem voto), MOURÃO NETO e MARCOS GOZZO.

São Paulo, 22 de novembro de 2018.

DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de Cobrança. Rateio condominial. Fase de cumprimento de sentença. Decisão que indeferiu o levantamento da quantia bloqueada. INCONFORMISMO do Advogado exequente deduzido no Recurso. REJEIÇÃO. Quantia bloqueada que deve permanecer depositada em conta bancária à disposição do r. Juízo de origem até decisão final nos autos da execução da verba honorária devida ao Advogado agravante. Decisão mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de **Agravo de Instrumento** interposto contra decisão nos autos da Ação de Cobrança, ora em fase de cumprimento de sentença, que C.R.V.E. moveu contra H.R.P. e outra, em trâmite na 3ª Vara Cível da Comarca de Cotia, neste Estado, proferida pelo MM. Juiz "*a quo*" nos termos de fl. 362.

Argumenta o agravante, em resumo, que requereu o levantamento do valor depositado em conta judicial, mas o pedido foi indeferido pelo MM. Juiz "*a quo*", ao argumento de que o Acórdão proferido no Agravo de Instrumento nº (...) havia determinado o bloqueio da quantia, para permanecer à disposição do r. Juízo até decisão final sobre o débito exequendo; não há razão que impeça o levantamento da quantia boqueada; a manutenção do valor depositado até a decisão final serve tão somente para resguardar os direitos do agravante; os honorários advocatícios constituem verba de caráter alimentar; a execução se faz no interesse do credor (fls. 1/34).

Recebido o Recurso sem o efeito ativo (fl. 986/987), os agravados apresentaram contraminuta (fl. 999/1000).

É o relatório.

Conforme já relatado, cuida-se de **Agravo de Instrumento** interposto

Acesso ao Sumário

contra decisão nos autos da Ação de Cobrança, ora em fase de cumprimento de sentença, que C.R.V.E. moveu contra H.R.P. e outra, em trâmite na 3ª Vara Cível da Comarca de Cotia, neste Estado, proferida pelo MM. Juiz "*a quo*" nos termos seguintes:

> "*Vistos. Com relação ao pedido de mandado de levantamento relativo ao valor depositado nos autos da ação originária, mantenho a decisão de fls. 284/285, vez que determinado no acórdão proferido nos autos do Agravo de Instrumento nº (...), que referido valor fosse mantido em conta à disposição do juízo até final decisão nos autos deste cumprimento de sentença. Quanto ao valor bloqueado à fl. 326, proceda a serventia a transferência para conta à disposição deste juízo. Por fim, proceda a serventia os meios necessários para realização da pesquisa INFOJUD, visando a localização de bens dos executados. Intime-se.*" ("*sic*" cópia de fl. 362).

Malgrado o inconformismo do agravante, a r. decisão agravada não comporta o pretendido reparo.

Ao que consta dos autos, essa Câmara julgou o Agravo de Instrumento nº (...), interposto contra decisão no processo em questão, no qual ficou decidido que a quantia bloqueada deveria permanecer em conta bancária à disposição do r. Juízo, até a decisão final acerca do débito exequendo.

Considerando que ainda não há decisão final nos autos do Cumprimento de Sentença e que o deferimento da medida poderá acarretar dano irreparável aos executados, deve ser mantido o indeferimento do levantamento do valor bloqueado.

Impõe-se, pois a rejeição do Recurso.

A propósito, eis a Jurisprudência:

2160732-62.2016.8.26.0000

Classe/Assunto: Agravo de Instrumento/Espécies de Títulos de Crédito

Relator(a): Jacob Valente

Comarca: Piracicaba

Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 03/11/2016

Data de publicação: 03/11/2016

Data de registro: 03/11/2016

Ementa: Agravo de instrumento - Cumprimento de sentença - Impugnação à desconsideração da personalidade jurídica, com a inclusão da empresa agravante no polo passivo da demanda, com constrição de seus ativos financeiros - Cabimento parcial do inconformismo - Possibilidade de produção de provas e suspensão da execução em relação à agravante até decisão final acerca de sua inclusão no polo passivo da demanda - Sistemática de acordo com o CPC/2015 - Descabimento, por ora, de

Acesso ao Sumário

levantamento do valor bloqueado, não comprovação de que a quantia seja essencial para a continuidade da atividade empresarial da agravante - Recurso parcialmente provido.

2205921-63.2016.8.26.0000

Classe/Assunto: Agravo de Instrumento/Transporte de Coisas

Relator(a): Souza Lopes

Comarca: Guarulhos

Órgão julgador: 17ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 20/03/2017

Data de publicação: 20/03/2017

Data de registro: 20/03/2017

Ementa: Execução - Pedido de levantamento de valores bloqueados - O indeferimento é a medida que se impõe, pois se mostra prudente aguardar o julgamento dos Embargos para, só então, se passar à fase satisfativa do credor, ainda que não tenha havido suspensão da execução - Recurso provido.

2011706-87.2016.8.26.0000

Classe/Assunto: Agravo de Instrumento/Espécies de Títulos de Crédito

Relator(a): Sandra Galhardo Esteves

Comarca: Campinas

Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 06/04/2016

Data de publicação: 06/04/2016

Data de registro: 06/04/2016

Ementa: AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EXECUTADO LOCALIZADO, CITADO, SEM CONSTITUIR PATRONO NOS AUTOS. CONCRETIZAÇÃO DE BLOQUEIO "ON LINE" DE ATIVOS FINANCEIROS. PENHORA. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO DEVEDOR PARA QUE SEJA, POSTERIORMENTE, AUTORIZADO O LEVANTAMENTO DOS VALORES CONSTRITOS. Porquanto o feito originário consiste em ação executiva de título extrajudicial (e não cumprimento de sentença), tramitará de acordo com as disposições dos artigos 612 e seguintes e, especificamente, atenderá aos comandos do art. 652 do Código de Processo Civil. De rigor reconhecer que, no processo executivo, há necessidade de intimação do devedor após a realização da penhora, seja por meio de patrono constituído seja pessoalmente. Nota-se que o parágrafo 4º do dispositivo legal transcrito prevê a dispensa de intimação da penhora apenas se não for localizado o executado, hipótese não caracterizada no caso concreto, já que o executado foi localizado em seu endereço. Nesse contexto, o pedido de levantamento do dinheiro bloqueado em conta bancária do devedor deve aguardar a ultimação de sua intimação da penhora. Agravo não provido.

Acesso ao Sumário

Impõe-se, pois, a rejeição do Recurso, ficando mantida a r. decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Diante do exposto, nega-se provimento ao Recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2204684-23.2018.8.26.0000, da Comarca de São Joaquim da Barra, em que são agravantes JOSÉ BATISTA DA SILVA e EDNA POLI JANUÁRIO, é agravado AGUINALDO ALVES DA SILVEIRA.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.879)**

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

São Paulo, 28 de novembro de 2018.

MARCOS RAMOS, Relator

Ementa: Reparação de danos materiais e morais - Fase de cumprimento de sentença - Decisão que manteve a constrição de valores localizados na conta corrente do coexecutado - Parcial reforma - Cabimento - Possibilidade de bloqueio parcial, na hipótese - Efetiva comprovação de que parte do montante constitui verba de caráter impenhorável, consistente em benefício previdenciário - Liberação - Conta, de outro lado, que não foi provida exclusivamente com verbas de natureza salarial - Valores que não foram utilizados para suprir as necessidades básicas - Princípio da efetividade do processo - Observância. Recurso dos executados parcialmente provido.

VOTO

VOTO DO RELATOR

Trata-se de agravo de instrumento interposto em razão da r. decisão copiada às fls. 33, proferida nos autos da ação de reparação de danos materiais e morais decorrentes de acidente de trânsito, proposta por Aguinaldo Alves de

da Silveira em face de José Batista da Silva e Edna Poli Januário, em face de cumprimento de sentença, que manteve a constrição de valores localizados na conta corrente do coexecutado, no total de R$ 6.679,10.

Aduziram os executados/agravantes, em síntese, que as verbas são impenhoráveis, porquanto ostentam caráter salarial e previdenciário, ao que requereram a antecipação da tutela recursal e, ao final, a reforma da decisão recorrida.

Recebido o recurso, com parcial antecipação de tutela para liberar, em favor dos recorrentes, o montante de R$ 2.425,32.

O Juízo de origem prestou informações às fls. 52/53.

Sem contraminuta (fls. 55).

É o relatório.

O recurso comporta parcial acolhimento.

Iniciada a fase de cumprimento de sentença que condenou os réus/executados ao pagamento de R$ 19.907,95, a título de danos materiais, e R$ 5.000,00 em razão dos danos morais, foi deferido o bloqueio *on line* de R$ 6.679,10, em 13.09.2018.

Na sequência, compareceram os executados aos autos pugnando por sua liberação, pois provenientes de aposentadoria e remuneração pelos serviços de frete prestados.

Com a devida vênia do posicionamento adotado pelo digno Juízo da causa, em se tratando de benefício previdenciário, de rigor o reconhecimento de que a quantia é impenhorável, a teor do disposto no art. 833, IV, do Código de Processo Civil.

O extrato de fls. 38/40 demonstra que, em 05.09.2018, o coexecutado recebeu do INSS R$ 2.425,32, quantia que já liberada quando do parcial deferimento da tutela antecipada.

O aludido documento também evidencia que a conta bancária foi provida de variados depósitos (R$ 1.500,00 em 21.08.2018; R$ 50,00 e 600,00 em 03.09.2018; R$ 150,00 e R$ 250,00 em 12.09.2018), cuja origem não foi esclarecida pelo recorrente.

Some-se a isso a existência de transferências bancárias realizadas pelas empresas "Rodolucas Transportes L. Eireli." e "RL Transportes Ltda." (R$ 2.000,00 em 28.08.2018; R$ 4.500,00 em 30.08.2018; R$ 1.100,00 em 04.09.2018; R$ 791,50 em 05.09.2018; R$ 1.350,00 em 11.09.2018; R$ 542,50 em 13.09.2018).

Embora o coexecutado seja caminhoneiro, a parca e praticamente ilegível documentação acostada ao feito (fls. 43/45), por si só, se mostra insuficiente para convencer sobre a natureza salarial desses créditos que, inclusive, ficaram

Acesso ao Sumário

disponíveis sem que tenham sido utilizados para suprimento de necessidades básicas, o que os torna penhoráveis.

Nesse sentido é o julgado do Superior Tribunal de Justiça: ***"... Em princípio, é inadmissível a penhora de valores depositados em conta corrente destinada ao recebimento de salário ou aposentadoria por parte do devedor.***

- Ao entrar na esfera de disponibilidade do recorrente sem que tenha sido consumido integralmente para o suprimento de necessidades básicas, a verba relativa ao recebimento de salário, vencimentos ou aposentadoria perde seu caráter alimentar, tornando-se penhorável.

- Em observância ao princípio da efetividade, não se mostra razoável, em situações em que não haja comprometimento da manutenção digna do executado, que o credor não possa obter a satisfação de seu crédito, sob o argumento de que os rendimentos previstos no art. 649, IV, do CPC gozariam de impenhorabilidade absoluta. Recurso especial não provido." **(REsp nº 1.059.781/DF, Terceira Turma - Relatora Ministra NANCY ANDRIGUI - j. 01.10.2009)**

Ante o exposto, confiro parcial provimento ao recurso.

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2199539-20.2017.8.26.0000/50001, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é agravante SELMA MARIA DOMINGUES, é agravada CATARINA VIEIRA RAMOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12º 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 29762 - Digital)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SALLES VIEIRA (Presidente), SEBASTIÃO FLÁVIO, PAULO ROBERTO DE SANTANA, DENISE ANDRÉA MARTINS RETAMERO, JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA, PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR, WALTER BARONE e J. B. FRANCO DE GODOI.

São Paulo, 7 de novembro de 2018.

JOSÉ MARCOS MARRONE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo interno - Ação rescisória - Interposição da decisão monocrática que indeferiu a petição inicial da ação rescisória ajuizada pela agravante, com amparo no art. 968, § 3º, c.c. o art. 330, III, ambos do atual CPC, tendo julgado extinto o processo sem resolução de mérito, com suporte no art. 485, I e VI, do atual CPC - Pretendido pela agravante o desfazimento do acórdão proferido pela 24ª Câmara de Direito Privado, que negou provimento ao AI nº 2050756-57.2015.8.26.0000, havendo mantido a decisão prolatada pelo MM. Juiz da 4ª Vara Cível da comarca de Mogi das Cruzes, que rejeitou a alegação de impenhorabilidade do imóvel matriculado sob o nº 3.868 do 2º CRI da mesma comarca, por ser bem de família.

Agravo interno - Ação rescisória - Caso em que, para que se autorize a abertura da via excepcional da ação rescisória, a que alude o inciso V do art. 966 do atual CPC, é imprescindível que haja manifesta violação à norma jurídica - Ação rescisória baseada no citado art. 966, V, do atual CPC que apenas é cabível quando a interpretação conferida ao preceito é inaceitável - Ação rescisória que não se presta como sucedâneo recursal para se discutir a justiça ou injustiça da decisão, tampouco ao reexame do conjunto fático-probatório - Incabível aceitar-se que o acórdão rescindendo, frontalmente, haja violado o art. 832 do atual CPC, os arts. 1º, parágrafo único, e 5º, ambos da Lei nº 8.009/90, tampouco os arts. 1º, III, e 5º, XXII e XXIII, ambos da CF - Acórdão rescindendo que afastou a alegada impenhorabilidade do imóvel, sob o fundamento de que não se encontrava demonstrado, de maneira suficiente, que a agravante e a sua família efetivamente ali residiam.

Agravo interno - Ação rescisória - Simples fato de o imóvel de matrícula nº 3.868 do 2º CRI da comarca de Mogi das Cruzes ser o único de propriedade da agravante que não implica presunção automática de que ele constitui bem de família - Imprescindível que o imóvel sirva de residência ao devedor ou, estando

Acesso ao Sumário

alugado a terceiros, que haja comprovação de que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência da família - Súmula 486 do STJ - Caso em que não ficou evidenciada nenhuma dessas duas hipóteses - Impossibilidade de se reconhecer manifesta violação à norma jurídica.

Agravo interno - Ação rescisória - Hipótese em que não se encontra configurada a hipótese prevista no art. 966, VII, do atual CPC - Documentos apresentados pela agravante que não podem ser considerados "prova nova" - Documentos que não eram documentos desconhecidos da agravante - Caso em que, na ação rescisória, não se reputa como documento novo aquele que deixou de ser produzido na ação originária por negligência da parte em obtê-lo - Documentos juntados pela agravante que, ademais, não podem ser considerados relevantes - Documentos que não seriam aptos, isoladamente, a modificar o resultado do julgamento - Agravante que não possui interesse processual - Indeferimento da petição inicial, com a consequente extinção do processo sem resolução de mérito, que se mostrava de rigor - Decisão mantida - Agravo desprovido.

VOTO

1. Trata-se de agravo interno (fl. 1), com apoio no art. 1.021, "caput", do atual CPC e no art. 253, "caput", do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, interposto, tempestivamente, da decisão que indeferiu liminarmente a petição inicial da ação rescisória ajuizada pela agravante, com amparo no art. 968, § 3º, c.c. o art. 330, inciso III, ambos do atual CPC, tendo julgado extinto o processo sem resolução de mérito, com suporte no art. 485, incisos I e VI, do atual CPC (fls. 643/649 dos autos da ação rescisória).

Sustenta a agravante, em síntese, que: houve violação à norma jurídica, visto que o bem questionado é o único imóvel que possui, sendo impenhorável, nos termos do art. 832 do atual CPC e dos arts. 1º, parágrafo único, e 5º da Lei nº 8.009, de 29.3.1990; a penhora efetivada fere os arts. 1º, inciso III, e 5º, incisos XXII e XXIII, da Constituição Federal; comprovou, por meio de inúmeras correspondências e contas de consumo, o uso efetivo do imóvel por ela e seus filhos; a jurisprudência vem entendendo que o imóvel pode até ser locado para terceiros; não há prova de que ela não residia no imóvel; fez prova nova,

Acesso ao Sumário

consistente na juntada de cópia dos contratos de venda e compra de outros dois imóveis penhorados; esses contratos já existiam antes da decisão rescindenda, entretanto, não dispunha deles em razão de se terem extraviado; não se trata de desídia ou negligência; a decisão rescindenda contrariou, ao menos, um dos incisos do art. 966 do atual CPC; a decisão monocrática deve ser reformada, determinando-se o prosseguimento do feito (fls. 1/5).

É o relatório.

2. O aludido recurso não comporta acolhimento.

Explicando:

2.1. Ingressou a agravante com ação rescisória em face da agravada (fl. 1 dos autos da ação rescisória), com fulcro no art. 966, incisos V e VII, do atual CPC, visando ao desfazimento do acórdão proferido pela 24ª Câmara de Direito Privado, que negou provimento ao Agravo de Instrumento nº 2050756-57.2015.8.26.0000 em 11.6.2015 (fls. 20/26 dos autos da ação rescisória), havendo mantido a decisão prolatada pelo MM. Juiz da 4ª Vara Cível da comarca de Mogi das Cruzes, que rejeitou a alegação de impenhorabilidade do imóvel matriculado sob o nº 3.868 do 2º CRI da mesma comarca, por ser bem de família (fls. 18/19 dos autos da ação rescisória).

2.2. Todavia, para que se autorize a abertura da via excepcional da ação rescisória, a que alude o inciso V do art. 966 do atual CPC, é imprescindível que haja manifesta violação à norma jurídica, isto é, que ela seja evidente, flagrante, induvidosa.

Discorrendo sobre essa norma, esclarecem NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY que:

> "A decisão de mérito transitada em julgado que não aplicou a lei ou a aplicou incorretamente é rescindível com fundamento no CPC 966, V, exigindo-se agora, de forma expressa, que tal violação seja visível, evidente - ou, como certa vez se manifestou o STJ a respeito, pressupõe-se que 'é a decisão de tal modo teratológica que consubstancia o desprezo do sistema de normas pelo julgado rescindendo' (STJ, 3ª Seção, AR 2625-PR, rel. Min. Sebastião Reis Junior, rel. p/acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 11.9.2013, DJUE 1.10.2013) (...)" ("Código de processo civil comentado", 16ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, nota 32 ao art. 966 do atual CPC, p. 2055) (grifo não original).

2.3. Ademais, a ação rescisória baseada no citado art. 966, inciso V, do atual CPC apenas é cabível quando a interpretação conferida ao preceito é inaceitável.

Se a exegese dada pela decisão rescindenda é razoável, mesmo que não haja agasalhado a melhor interpretação, a ação rescisória não pode ser admitida, já que não se presta como sucedâneo recursal para se discutir a justiça ou

Acesso ao Sumário

injustiça da decisão, tampouco ao reexame do conjunto fático-probatório.

A esse respeito, já houve pronunciamento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> "A violação de literal disposição de lei (manifesta violação à norma jurídica, na atual dicção) autorizativa ao ajuizamento da ação rescisória, somente ocorre em face de ofensa flagrante ao direito, haja vista não ser sucedâneo recursal para se discutir a injustiça da decisão em abertura de nova via recursal, ao reexame de matéria fático-probatória ou, menos ainda, de matéria em harmonia com a jurisprudência pacífica no Tribunal" (AR nº 5072, registro nº 2012/0226483-5, decisão monocrática proferida em 25.10.2017 pelo Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, publicada no DJe de 30.10.2017) (grifo não original).

No mesmo rumo houve decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> "Ação rescisória - Acórdão rescindendo proferido em ação de adjudicação compulsória julgada procedente - Violação manifesta à norma jurídica e erro de fato - Não caracterização - Mero pretexto para reexaminar provas e rediscutir a causa, cujo resultado foi desfavorável à autora - Carência de ação por ausência de interesse de agir - Reconhecimento - Indeferimento da petição inicial e extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, I, do Código de Processo Civil." (AR nº 2102637-05.2017.8.26.0000, de Fernandópolis, 1º Grupo de Direito Privado, v.u., Rel. Des. ALVARO PASSOS, j. em 12.9.2017).
>
> "Ação rescisória. Violação manifesta de norma jurídica.
>
> 1. Ação rescisória na qual a Municipalidade de São Paulo pretende desconstituir acórdão que julgou parcialmente procedente a pretensão de reajustamento da remuneração percebida pelos réus de acordo com as Leis Municipais nº 10.688/88 e nº 10.722/89.
>
> 2. Impossibilidade de rediscussão de lide com adoção de interpretação diversa. A ação rescisória não consiste em instrumento ordinário de revisão de decisões, não se prestando, por consequência, à rediscussão de tese já analisada. Somente se demonstrada violação manifesta de norma jurídica, poder-se-ia admitir a via rescisória. Ação extinta, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, I, c.c. artigo 330, III, do Código de Processo Civil." (AR nº 2130675-61.2016.8.26.0000, de São Paulo, 2º Grupo de Direito Público, v.u., Rel. Des. NOGUEIRA DIEFENTHALER, j. em 16.10.2017).

2.4. No caso em tela, incabível aceitar-se que o acórdão rescindendo (fls. 20/26 dos autos da ação rescisória), frontalmente, haja violado o art. 832 do atual CPC, os arts. 1º, parágrafo único, e 5º, ambos da Lei nº 8.009, de 29.3.1990, tampouco os arts. 1º, inciso III, e 5º, incisos XXII e XXIII, ambos da

Acesso ao Sumário

Constituição Federal (fl. 3).

De acordo com a agravante, os mencionados dispositivos foram malferidos em virtude de não ter sido reconhecida a impenhorabilidade do imóvel matriculado sob o nº 3.868 do 2º CRI da comarca de Mogi das Cruzes (fl. 3).

Sustenta a agravante que, demonstrado que o imóvel em debate é o único de sua propriedade, que serve de moradia a ela e à sua família, o mesmo é impenhorável, por se cuidar de bem de família (fl. 3).

Sem razão, no entanto, a agravante.

O acórdão rescindendo, que manteve a decisão interlocutória proferida em primeiro grau (fls. 18/19 dos autos da ação rescisória), afastou a alegada impenhorabilidade do imóvel, sob o fundamento de que não se encontrava demonstrado, de maneira suficiente, que a agravante e a sua família efetivamente ali residiam.

É o que se infere da ementa do acórdão rescindendo:

> "Agravo de instrumento - Impugnação à penhora - Alegado bem de família - Rejeição - Matéria de ordem pública que não dá azo para levantamento de tese que haveria de ser discutida em primeira oportunidade de resposta, após ciência da penhora - Intimação que se dá na pessoa do causídico constituído - Contas apresentadas que dispuseram consumo mínimo, incapaz de comprovar residência fixa de núcleo familiar, vez que demonstram tarifação básica, independente do uso do serviço - Endereço distinto da citação, a ser sopesado no decisório - Elementos frágeis e insuficientes para comprovação - Decisão mantida - Recurso improvido" (fl. 21 dos autos da ação rescisória) (grifo não original).

O simples fato de o imóvel de matrícula nº 3.868 do 2º CRI da comarca de Mogi das Cruzes ser o único de propriedade da agravante não implica presunção automática de que ele constitui bem de família (fl. 2).

Para tal, é imprescindível que o imóvel sirva de residência ao devedor ou, estando alugado a terceiros, que haja comprovação de que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência da família, consoante estatui a Súmula 486 do Colendo Superior Tribunal de Justiça (fl. 4).

Como não ficou evidenciada nenhuma dessas duas hipóteses, não há como se reconhecer manifesta violação à norma jurídica.

2.5. Não se encontra configurada, igualmente, a hipótese prevista no art. 966, inciso VII, do CPC, isto é, que, depois de proferido o acórdão rescindendo, a agravante tenha obtido "prova nova, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável".

Analisando esse preceito, elucidam NELSON NERY JUNIOR e ROSA

Acesso ao Sumário

MARIA DE ANDRADE NERY, já citados, que:

> "O atual CPC é mais abrangente do que o CPC/1973, pois admite não só a apresentação de documento novo, mas também de tudo que possa formar prova nova em relação ao que constou da instrução no processo original.
>
> Mas, da mesma forma que ocorria em relação ao documento novo, por prova nova deve entender-se aquela que já existia quando da prolação da sentença, mas cuja existência era ignorada pelo autor da rescisória, ou que dele não pôde fazer uso - portanto, não cabe, no caso, dar início a nova perícia judicial, por exemplo. São enquadráveis, portanto, neste dispositivo, apenas os documentos, os depoimentos e os testemunhos.
>
> A prova nova deve ser de tal ordem que, sozinha, seja capaz de alterar o resultado da sentença rescindenda, favorecendo o autor da rescisória, sob pena de não ser idônea para o decreto de rescisão (...)" ("Código de processo civil comentado", 16ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, nota 48 ao art. 966, p. 2060) (grifo não original).

Conduzem ao mesmo desfecho as seguintes lições de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, MARIA LÚCIA LINS CONCEIÇÃO, LEONARDO FERRES DA SILVA RIBEIRO e ROGERIO LICASTRO TORRES DE MELLO:

> "(...) A prova nova, diz a regra, deve ser ignorada pela parte, ao tempo do proferimento da sentença ou da decisão rescindenda, de modo que, da mesma, a parte não tenha podido fazer uso. A jurisprudência tem flexibilizado a exigência de ignorância da parte acerca da existência do documento, quando a parte, em razão de suas condições pessoais (p. ex., trabalhador rural com pouca ou nenhuma instrução), não tiver aptidão para saber a que se destina um documento que detém sob sua guarda. Essa flexibilização, com certeza, continuará a correr, à luz da nova lei" ("Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo", 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, nota 15 ao art. 966 do atual CPC, p. 1534).

Logo, o referido dispositivo exige o nexo causal entre o conteúdo do documento e o resultado da ação.

Mais precisamente, o documento novo deve ter aptidão de garantir, por si só, consequência favorável àquele que pretende dele fazer uso.

2.6. No caso em apreço, os documentos apresentados pela agravante, ou seja, os instrumentos particulares de compromisso de venda e compra dos imóveis matriculados sob os nºs 15.412 e 15.336 do 2º CRI da comarca de Mogi das Cruzes (fls. 49/51 e 52/54 dos autos da ação rescisória), não podem ser considerados "prova nova" (fl. 9).

Os ventilados instrumentos, firmados pela agravante com as

Acesso ao Sumário

compromissárias compradoras, Nildete Gois de Jesus e Rosenilde de Jesus Gois, em meados de 1997 (fls. 51 e 54 dos autos da ação rescisória), não eram documentos desconhecidos dela.

O fato de a agravante não mais se encontrar na posse desses documentos "devido ao decurso do tempo" (fl. 6 dos autos da ação rescisória), por si só, não caracteriza o impedimento de uso a que se refere o inciso VII do art. 966 do atual CPC.

Ainda que tais documentos houvessem sido extraviados (fl. 4), a agravante poderia ter diligenciado para obter cópia dos mesmos com as compromissárias compradoras, que, por sinal, opuseram embargos de terceiro para que os aludidos imóveis fossem livrados da constrição (fls. 55 e 195 dos autos da ação rescisória).

Ora, em ação rescisória, não se reputa como documento novo aquele que deixou de ser produzido na ação originária por negligência da parte em obtê-lo.

Nessa esteira já houve deliberações do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> "Ação rescisória. Art. 966, VII, do CPC. Alegação de suposta 'prova nova' decorrente da impossibilidade de fazer uso antes do trânsito em julgado do acórdão rescindendo. Boletim de ocorrência que não tem o condão de qualificar-se como documento novo. Prova ao alcance do autor ao tempo da ação anterior. Impossibilidade de uso que decorreu de negligência do demandante. Ausência de diligências oportunas para obter o documento. Julgamento liminar de improcedência. Imperativo dos princípios da eficiência, economia processual e duração razoável do processo (arts. 6º e 8º do CPC). Excepcionalidade das ações rescisórias como mecanismo de revisão da coisa julgada material. Aplicação analógica do art. 332, 'caput', do CPC. Ação rescisória julgada liminarmente improcedente." (AR nº 2128681-95.2016.8.26.0000, de São Paulo, 12º Grupo de Direito Privado, v.u., Rel. Des. JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA, j. em 29.6.2017) (grifo não original).

> "Ação rescisória. Prova nova (art. 966, VII, do CPC/2015) - Alegação de documentos novos (recibos e parcelamento de dívida ativa, notificação da procuradoria municipal) que poderiam ser obtidos junto à Municipalidade, não podendo se alegar desconhecimento de tais documentos, porquanto referentes ao próprio IPTU do imóvel que alega há anos possuir - A alegada prova nova deve ser de tal ordem que, sozinha, seja capaz de alterar o resultado do acórdão rescindendo, favorecendo o autor da ação rescisória, pena de não ser idôneo para o decreto de rescisão - Não cabimento da ação rescisória - Não ocorrência de nenhuma das hipóteses do art. 966 do CPC/2015 - Petição inicial indeferida." (AR nº 2229535-

Acesso ao Sumário

97.2016.8.26.0000, de São Vicente, 7º Grupo de Direito Privado, v.u., Rel. Des. FRANCISCO GIAQUINTO, j. em 19.4.2017).

2.7. De outra banda, inviável reconhecer-se a alegada relevância nos documentos juntados pela agravante, porquanto, segundo já exposto, o simples fato de a agravante ser possuidora de um único imóvel não induz à conclusão automática de que o mesmo constitui bem de família.

Ainda que os instrumentos particulares de compromisso de venda e compra dos imóveis de matrícula nºs 15.412 e 15.336 do 2º CRI da comarca de Mogi das Cruzes fossem reputados como "prova nova" (fls. 49/51 e 52/54 dos autos da ação rescisória), tais documentos não seriam aptos, isoladamente, a modificar o resultado do julgamento.

2.8. Forçoso admitir-se, pois, a ausência de interesse processual por parte da agravante, sendo de rigor o indeferimento da petição inicial, nos termos do art. 968, § 3º, c.c. o art. 330, inciso III, ambos do atual CPC, com a consequente extinção do processo sem resolução de mérito, de acordo com o art. 485, incisos I e VI, do atual CPC (fl. 649 dos autos da ação rescisória).

3. Nessas condições, nego provimento ao agravo interno contraposto, mantendo a decisão impugnada (fls. 643/649 dos autos da ação rescisória).

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003042-87.2017.8.26.0020, da Comarca de São Paulo, em que é apelante M.F.V., é apelado JUÍZO DA COMARCA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29141)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente sem voto), CARLOS ALBERTO DE SALLES e ALEXANDRE MARCONDES.

São Paulo, 29 de outubro de 2018.

VIVIANI NICOLAU, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE ASSENTO. Sentença de extinção do feito, sem julgamento do mérito, devido à impossibilidade do pedido. Inconformismo da parte autora. Não acolhimento. Na década de 80 a autora teve ciência de que embora conhecida por C.R., tal nome e assento de nascimento não correspondia à realidade, visto que registrada pelo padrasto quando já possuía registro adequado providenciado pelo genitor biológico. Pretensão de reversão do cancelamento do registro, que já obteve, que não possui amparo da forma em que requerida. Impossibilidade de reavivar assento nulo. Sentença confirmada. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

VOTO

M.F.V. ingressou com ação de *retificação de assento*, cujo pedido foi julgado **extinto, sem resolução do mérito**, nos termos da sentença (fls. 53/54). A autora foi condenada ao pagamento das custas e despesas processuais.

No recurso, a **AUTORA** alega, em síntese, que o pedido vai além da falta de disposição para retirar novos documentos, uma vez que construiu uma vida inteira com o nome **C.R.** Preocupa-se com o exercício do direito sucessório (fls. 57/62).

O recurso é tempestivo e dispensado o preparo, porque concedida a gratuidade.

Ausente oposição ao julgamento virtual.

O parecer do Ministério Público e da Procuradoria de Justiça é pelo seu não provimento (fls. 68/69 e 78/80).

É O RELATÓRIO.

O recurso não é provido.

Narra a autora que nasceu em Exu-PE, mas desde tenra idade conviveu com sua mãe, padrasto e irmã em São Paulo. Ao ser matriculada na escola, houve a necessidade de apresentação de documentos. O padrasto da autora providenciou o registro, em 27/10/1963, com o nome de **C.R.**, com a informação de nascimento em 26/04/1954 (fls. 10).

Aos 24 anos a autora descobriu que seu verdadeiro pai ainda residia em Exu-PE e quando o conheceu tomou ciência de que possuía anterior registro de nascimento, com o nome de **M.F.V.** O registro havia sido realizado em 05/03/1957, com data de nascimento em 27/04/1955 (fls. 9).

Acesso ao Sumário

Em 1982 ajuizou ação para o cancelamento do seu registro de nascimento, cujo pedido foi julgado procedente (fls. 11/12). Mesmo com o cancelamento do segundo registro, não regularizou os seus documentos.

Toda a documentação da autora, bens e etc encontram-se de acordo com o registro cancelado. Busca a retificação do registro civil, com relação ao seu nome, mantendo-se a segunda filiação, com o pai sendo o padrasto, busca rescindir a r. sentença que cancelou o seu segundo registro de nascimento (fls. 1/4).

Emenda à petição inicial às fls. 22/26.

Sobreveio a prolação da sentença que **julgou o feito extinto, sem resolução do mérito**, porque a autora "*requer a 'reversão do cancelamento do registro'*", pedido juridicamente impossível.

Com efeito, respeitadas as razões recursais o recurso de apelação não comporta guarida.

A apelante busca, em outros termos, reavivar certidão de nascimento cuja nulidade foi reconhecida validamente em outra demanda, sem razão jurídica para tanto.

Para a inclusão do padrasto no assento de nascimento não basta pedido de **retificação de assento de nascimento, porque não há equívoco neste sentido**. É necessária demanda própria, com adequado polo passivo e causa de pedir condizente ao pleito para reconhecimento da filiação distinta da biológica.

Quanto à alteração pretendida, referente ao prenome e patronímico, ela, de fato, não se mostra possível nos termos em que requerida. Conforme se verifica da petição inicial e razões recursais, a autora quer deixar de ter o nome e patronímico familiar, para adotar aquele a que se referia o assento de nascimento objeto de reconhecimento de nulidade há 36 anos.

No caso a autora busca alteração total do nome, prenome e apelido familiar. Ainda que exista a possibilidade de retificação do prenome com aquele de maior identificação da parte requerente devido às circunstâncias fáticas que a fizeram ser reconhecida na sociedade com prenome distinto do registral, fato é que o apelido de família pretendido pela autora não guarda relação com a sua filiação, já que se refere ao apelido familiar do padrasto, situação que impossibilita a alteração almejada.

Nesse sentido:

"RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO - ACRÉSCIMO DE PATRONÍMICO MATERNO - INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE INDEFERIRAM O PEDIDO PORQUANTO DEFICIENTE A MOTIVAÇÃO DELINEADA NA INICIAL - INSURGÊNCIA DA AUTORA. (...)

Acesso ao Sumário

2. O princípio da imutabilidade, que rege o registro do nome, não é absoluto, uma vez que o ordenamento pátrio contempla diversas hipóteses de retificação e alteração tanto para o prenome quanto para o sobrenome. A alteração do sobrenome exige a manutenção dos apelidos de família.

(...) (REsp 1393195/MG, Rel. Ministro ***MARCO BUZZI****, QUARTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 07/11/2016)*

Não obstante inexista vedação de supressão do apelido familiar daquele genitor que não integrou verdadeiramente a vida da pessoa, fato é que tal razão não consta da causa de pedir. Além disso, o apelido familiar pretendido não é o mesmo de sua genitora, mas refere-se ao padrasto que, consoante já afirmado, não consta ter ocorrido reconhecimento de vínculo de afetividade.

Dessa forma, a sentença não comporta qualquer reforma, visto que o pedido não encontra respaldo na legislação vigente.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000710-81.2017.8.26.0236, da Comarca de Ibitinga, em que é apelante P.E.B.C., são apelados J.C.D. e M.H.D.C. (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 42.601)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente sem voto), EGIDIO GIACOIA e VIVIANI NICOLAU.

São Paulo, 29 de outubro de 2018.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Ação de modificação de guarda c.c. visitas e alimentos. Sentença que julgou improcedente a ação principal e procedente a reconvenção. Objetivo primordial é a proteção dos interesses do menor, visando o seu bem-estar e ao seu completo desenvolvimento psíquico-físico. Genitores, além de aptos a exercer o poder familiar,

Acesso ao Sumário

desejam a guarda, a fim de que possam participar da criação e da educação do menor de maneira efetiva. Preocupação e carinho de ambas as partes com o filho. Elementos de prova constantes dos autos são suficientes para estabelecer a guarda compartilhada. Menor permanece na residência materna com o compartilhamento sugerido pela d. Procuradoria Geral de Justiça. Leitura do caso à luz do princípio do melhor interesse do menor. Inteligência do art. 1.584, §2º, do CC, após a reforma instituída pela Lei nº 13.058/2014. Sentença reformada nesta parte. Autor não se insurgiu contra a fixação da obrigação alimentar e dos honorários advocatícios. Litigância de má-fé não configurada. RECURSO PROVIDO, EM PARTE.

VOTO

Trata-se de **Ação de modificação de guarda c.c. visitas e alimentos** julgada IMPROCEDENTE a ação principal e PROCEDENTE o pedido reconvencional formulado pela ré/reconvinte, pela r. sentença de fls. 268/277, proferida pelo ilustre juiz Júlio César Franceschet, de relatório adotado.

Busca o autor/reconvindo a inversão do julgado, alegando, em síntese, que nos autos ficou provado os maus tratos da apelada contra o filho em comum. Aduz que o estudo social recomendou a guarda paterna. Pugna pelo recebimento do recurso no efeito suspensivo (art. 1.012, incisos II e V do CPC).

Contrarrazões às fls. 313/324, pugnando pela condenação do autor/apelante por litigância de má-fé.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo parcial provimento do recurso (fls. 336/340).

Ao julgamento virtual não se fez oposição.

É O RELATÓRIO.

De proêmio, recebo o apelo interposto, no efeito devolutivo (artigo 1.012, § 1º, V, do CPC), vez que o apelante não demonstrou a probabilidade de provimento do recurso ou risco de dano grave e de difícil reparação (parágrafo 4º), passando ao julgamento, conforme autoriza o inciso II do artigo 1.011 do mesmo diploma legal.

O recurso não comporta provimento.

Cuida-se de ação de guarda c.c. regulamentação de visitas e pedido de alimentos ajuizada pelo genitor/apelante, sob o fundamento de maus tratos praticados pela ré/apelada em face ao filho menor em comum, M.H.D.C.

Acesso ao Sumário

Relata o autor na inicial que manteve relacionamento com a requerida e desta relação tiveram um filho de nome M.H.D.C. Afirma ainda, que em 22/02/2017 foi chamado à creche em que a criança fica e percebeu que havia várias marcas em seu corpo, uma delas, inclusive, aparentando ser queimadura de isqueiro. Sustenta que na ocasião fora feito boletim de ocorrência, exame de corpo de delito no menor e recebido orientação do Conselho Tutelar. Alega que o menor está sob seus cuidados. Assim, requereu a guarda da criança, sob o fundamento de que estava sofrendo maus tratos, bem como fixação de alimentos na proporção de 30% dos rendimentos da ré em caso de vínculo empregatício e 50% do salário mínimo em caso de desemprego.

Contestada a ação, a requerida formulou pedido reconvencional, aduzindo, em preliminar, a ocorrência de litigância de má-fé por parte do autor. No mérito, alega ser inverídica a afirmação de que o menor é vítima de maus tratos e que desde o nascimento exerce a guarda unilateral e cuida da criança. Narra que o menor nasceu prematuro, motivo pelo qual desenvolveu bronquite e necessita de cuidados especiais. Afirma que em razão de ter ajuizado uma reclamação pré-processual junto ao CEJUSC objetivando o recebimento de pensão alimentícia, o autor resolveu inventar os supostos maus tratos da genitora em relação ao filho na tentativa de obter a guarda unilateral e esquivar-se do pagamento da verba alimentar. Alega que as supostas feridas existentes no corpo do menor teriam ocorrido enquanto o menor estava sob os cuidados do genitor ou na creche. Apresenta reconvenção requerendo liminarmente a concessão da guarda unilateral do menor e o arbitramento de alimentos provisórios em 1/3 do salário mínimo. Pugna, ao final, pelo deferimento da guarda unilateral do menor de forma definitiva, bem como pela fixação da prestação alimentícia em 30% de todos os rendimentos líquidos auferidos pelo requerente/reconvindo ou em 1/3 do salário mínimo em caso de desemprego e regulamentação de visitas de forma livre (f. 45/56).

A r. sentença de fls. 268/277, julgou **improcedente** a ação principal de guarda, visitas e alimentos promovida pelo autor/reconvindo e totalmente **procedente** o pedido reconvencional formulado pela apelada, para o fim de: **i)** conceder a guarda do menor M.H.D.C. em favor da apelada; **ii)** regulamentar o direito de visitas do genitor de forma livre; e **iii)** fixar os alimentos devidos pelo apelante em favor do menor no valor correspondente a 30% de seus rendimentos líquidos, incluindo qualquer verba de natureza trabalhista, quando houver vínculo empregatício com registro em carteira, e em 1/3 do salário mínimo vigente em caso de desemprego. Deferiu a liminar pleiteada pela requerida/reconvinte em sede de reconvenção (fl. 55), concedendo-lhe a guarda provisória do menor, ficando revogada a determinação anterior que deferiu a guarda provisória ao autor, bem como impôs a obrigação de prestar alimentos à requerida, com fixação de visitas (fls. 187/188). Sucumbente, o autor foi condenado ao pagamento das

Acesso ao Sumário

custas, despesas processuais e honorários advocatícios, no valor de R$ 2.000,00, nos termos do artigo 85, §8º do CPC, ficando sua exigibilidade suspensa em razão dos benefícios da assistência judiciária concedida, nos termos ao artigo 98, §3º do mesmo *Codex*.

O recurso comporta parcial provimento.

Insta anotar, que o instituto da guarda, em todas as suas modalidades, tem como pressuposto - e objetivo - garantir o bom desenvolvimento da criança e do adolescente, que buscam nos pais a identificação apta a inseri-los no meio social. Nas palavras de **Tânia da Silva Pereira**, "*A proteção, como 'prioridade absoluta', não é mais obrigação exclusiva da família e do Estado: 'é um dever social'. As crianças e os adolescentes devem ser protegidos em razão de serem 'pessoas em condição peculiar de desenvolvimento'. Os Direitos Fundamentais à infância estão consolidados no art. 227 CF, sendo dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, como prioridade absoluta, a educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária, além de coloca-las a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão*" (PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança. *in*: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 14).

Não por outro motivo, **GUILHERME G. STRENGER** (Guarda de filhos, DPJ Editora, 1991, p. 64) explica que: "(...) *o interesse do menor é princípio básico e determinante de todas as avaliações que refletem as relações de filiação. O interesse do menor, pode dizer-se sem receio, é hoje verdadeira instituição no tratamento da matéria que ponha em questão esse direito. Tanto na família legítima como na natural e suas derivações, o interesse do menor é princípio superior. Em cada situação cumpre ao Juiz apreciar o interesse do menor e tomar medidas que o preservem e a apreciação do caso deve ser procedida segundo dados de fato que esteja sob análise. Seja qual for a orientação legal, a verdade é que o maior bem do menor que deve guiar o Juiz é o de buscar o que é mais vantajoso, quanto ao seu modo de vida, seu desenvolvimento, seu futuro, felicidade e seu equilíbrio*".

Compulsado os autos, extrai-se que o menor M. atualmente com 03 (três) anos de idade, filho das partes, desde seu nascimento esteve sob a aguarda da genitora.

O apelante ajuizou a presente ação pugnando pela modificação da guarda alegando a ocorrência de maus tratos por parte da genitora em relação ao menor, pugnando pelo deferimento da guarda unilateral em seu favor, bem como a fixação da obrigação alimentar e estipulação de visitas a ser exercida pela mãe do infante.

Acesso ao Sumário

O estudo social realizado nos autos (fls. 135/138) relatou que o genitor exerce um bom papel como pai e que a criança desde o nascimento permanece sob os cuidados maternos. Aliás, informa ainda, que M. quando está com crise de bronquite crônica é cuidado pela avó paterna, permanecendo com ela por um período de 15 dias. Com a melhora a criança retorna para a ré.

Segundo parecer da Assistente Social, quando em contato com a Diretora da escola que M. frequenta, foi informada que o menor tem atenção tanto da família materna quanto paterna, entretanto, quando esta com crise de bronquite e em tratamento, a medicação era encaminhada corretamente à instituição e sob os cuidados da avó paterna. O que diferencia da genitora que não encaminhava os medicamentos de uso contínuo para ser ministrado ao filho, como exemplo - antibióticos.

Todavia, não chegou ao conhecimento do setor social como tais queimaduras se deram, de modo que suas origens são, portanto, incertas.

Ademais, em audiência de instrução e julgamento (fls. 187/188), as testemunhas, tanto do autor, como da requerida, não souberam informar a proveniência das lesões nas costas da criança.

Aliás, as testemunhas da ré ratificaram o zelo e carinho que a mãe dispensa para o menor. Os documentos acostados aos autos (fls. 66/129) mostram-se suficientes para corroborar que a criança está sendo bem cuidada pela genitora.

Desse modo, não há elementos nos autos que indiquem a necessidade de alteração da guarda do menor, pois não há evidência de que ela não está sendo exercida em prol do bem estar da criança.

Portanto, o conjunto probatório foi satisfatório para que o magistrado formasse seu livre convencimento, fundamentando adequadamente sua decisão nas provas constantes dos autos.

A propósito, como bem salientou o ilustre juiz de piso: "(...) *o autor não se desincumbiu de comprovar que os maus tratos sofridos pelo menor foram praticados pela genitora, de forma que tal fato não pode ter sua autoria presumida com base em meras alegações*" (...) "*a acusação sobre os supostos maus tratos empregados pela requerida em relação ao filho não se confirmou, não havendo outros motivos, destarte, que possam justificar a alteração da guarda em desfavor da mãe biológica*".

A alteração da guarda teria que estar respaldada em argumentos sólidos capaz de retirá-la da guarda materna. Assim, levando em conta a pouca idade do filho, o exercício da guarda pela genitora, J.C.D., melhor atende aos interesses do menor.

A preferência legal pode ser alterada caso assim recomende o princípio do melhor interesse do menor, que deve permear as relações de família para que brigas e controvérsias familiares não repercutam no bem-estar da criança e do

adolescente.

Em suma, os documentos juntados ao presente feito (fls. 135/138 e 187/188) revelam que ambos os genitores possuem condições de cuidar dos interesses do menor, residem no mesmo município e pretendem a guarda do filho.

Sendo assim, existe a possibilidade de aplicação do instituto da guarda compartilhada, tendo em vista a edição da Lei nº 13.058/2014 e a alteração pontual no regime instituído pelo Código Civil Brasileiro.

Pela nova letra da lei, "*Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor*" (artigo 1.584, parágrafo 2º, do Código Civil).

É muito clara a intenção do legislador ao promover referida reforma legislativa, tornando regra a guarda compartilhada e abrindo exceções rigorosas quanto à sua aplicação.

Na prática, porém, a alteração não ganha contornos significativos. O regime de guarda sempre teve como referência o princípio do melhor interesse do menor, que continua com vigência ampla e irrestrita no ordenamento jurídico. É certo que o julgador zelará pelo instituto da guarda compartilhada, mas não poderá fixá-lo quando este esbarrar na ineficiência técnica ou no bem-estar infantil.

No caso dos autos, verifica-se que os pressupostos elencados pelo dispositivo legal se fazem presentes. Ambos os genitores, além de aptos a exercer o poder familiar, desejam a guarda, a fim de que possam participar da criação e da educação do filho de maneira efetiva.

Não há dúvida sobre os benefícios da guarda compartilhada nas relações entre pais e filhos e por isso ela deve ser mesmo imposta a despeito da falta de plena concordância das partes, sendo certo, em face dos termos da Lei (art. 1.584, § 2º, CC), que ela representa um modelo ideal a ser perseguido pelo Magistrado no julgamento de litígios desta natureza.

Com efeito, nos autos extrai-se que estão presentes as condições mínimas de convivência entre as partes, favoráveis e imprescindíveis a um regime de compartilhamento de deveres e direitos.

Isto, pois, ambos os genitores apesar de suas divergências demonstram acima de tudo preocupação e carinho pelo filho.

Desta forma, destaco o correto entendimento esposado no douto parecer do Ministério Público, no sentido de que: "*Nos termos do art. 1.583, parágrafos 2º e 3º, do Código Civil, na guarda compartilhada o regime de convivência deve estabelecer a base de moradia do filho e dividir de forma equilibrada o tempo de*

Acesso ao Sumário

convívio da prole com os genitores" (...) "A genitora está desempregada. Tem disponibilidade maior para cuidar do filho, razão pela qual a base de moradia deste deve ser a da genitora" (...) "Estabelecida a guarda física materna da criança, soa razoável a fixação do seguinte regime de convivência entre as partes: ***a)*** *Ao pai fica facultado o direito de visitar o filho em finais de semanas alternados, podendo retirá-lo da casa materna às 18h do sábado e devolvê-lo no mesmo local até às 18h do domingo;* ***b)*** *Durante a semana, na terça e quinta-feira, o pai poderá levar e retirar o filho da escola, almoçar, lanchar e jantar com ele, devendo devolvê-lo ao lar materno até às 20h;* ***c)*** *O Dia das Mães e o aniversário da mãe serão comemorados pelo menor na companhia materna;* ***d)*** *O Dia dos Pais e o aniversário do pai serão comemorados pelo menor na companhia paterna;* ***e)*** *No seu aniversário, o filho passará os anos pares com o pai e os ímpares com a mãe;* ***f)*** *Nos anos pares, véspera de Natal e Natal, o menor passará com a mãe e véspera de Ano Novo e Ano Novo, com o pai, invertendo-se nos anos ímpares;* ***g)*** *Nas férias escolares de janeiro e julho, o menor terá a companhia paterna na primeira metade das férias e a companhia materna na segunda metade*".

E, diante dessas circunstâncias, acolho a proposição ministerial, pois penso que se mostra adequada para o momento.

Aliás, é dever dos pais prestar assistência ao filho menor, sendo que a visitação não deixa de ser uma forma de contribuir para o desenvolvimento emocional da criança, cujo objetivo primordial é a preservação dos interesses do infante, visando ao seu bem-estar.

Posto isso, mantem-se a residência do menor interessado junto à genitora-apelada, observado que, ao genitor, é assegurada a prerrogativa de visitar a prole nos exatos termos do regime de visitas estabelecido pela d. Procuradoria Geral de Justiça.

Lado outro, cabe deixar assentado que, muitos pais utilizam o direito de visitas para atingir um ao outro, seja dificultando as visitas, seja retardando a restituição do filho ao guardião. Em ambos os casos, é traumatizante para as partes, que durante anos causaram prejuízos emocionais não somente a elas, mas, principalmente ao menor. Portanto, a reincidência pode ensejar na revisão da guarda ou do regime de visitas, pois a utilização do filho para atingir o outro revela inaptidão para o exercício destes direitos.

Os elementos de prova constantes dos autos são suficientes para estabelecer a guarda compartilhada. Assim, o menor M.H.D.C. permanece sob os cuidados da genitora, garantindo ao genitor apelante o direito de visitar o filho nos moldes estabelecidos, sendo o compartilhamento da guarda o meio adequado para efetivá-la.

De outra banda, não se vislumbra qualquer das hipóteses elencadas pelo

Acesso ao Sumário

artigo 80 da legislação processual, motivo pelo qual se deixa de condenar o apelante - por ora - por litigância de má-fé.

Por fim, fica mantida a obrigação alimentar fixada e os honorários advocatícios, haja vista que não foram contrariados.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO EM PARTE** ao recurso, a fim de fixar a residência do menor interessado junto à genitora-apelada, observado que, ao genitor, é assegurada a prerrogativa de visitar a prole nos moldes estabelecidos, sendo o compartilhamento da guarda o meio adequado para efetivá-la. No mais, mantem-se a r. Sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1009089-60.2018.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante/apelado NOTRE DAME INTERMÉDICA SAÚDE S/A, é apelada/apelante GEORGIA LEMES CIPRIANO (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: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.159)**

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

São Paulo, 31 de outubro de 2018.

CLAUDIO GODOY, Relator

Ementa: Plano de saúde. Paciente que realizou cirurgia bariátrica. Pretensão à cobertura de cirurgia de mastopexia com prótese de mama, resultante do emagrecimento. Recusa à cobertura, sob o fundamento de que não consta no rol da ANS e de que excluída contratualmente por ser meramente estética. Abusividade. Procedimento complementar à cirurgia bariátrica e ao tratamento para perda de peso. Dever de cobertura. Tratamento que, em princípio, cabe ao médico que acompanha a paciente indicar. Orientação sumulada. Ausência, porém, de dano moral no caso, tendo sido coberta parte do tratamento e a outra logo atendida pela liminar. Ausência, ainda de litigância de

Acesso ao Sumário

má-fé. Sentença mantida. Recursos desprovidos.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra sentença (fls. 325/330) que julgou parcialmente procedente a ação, para condenar a ré à obrigação de cobertura e custeio da cirurgia pretendida (*mastopexia* com prótese de mama), confirmando a liminar anteriormente deferida, negado o pedido de danos morais.

Sustenta a ré, em sua irresignação, que a intervenção é meramente estética, por isso sem cobertura contratual, e que ela não consta no rol de procedimentos obrigatórios da ANS. A autora, em suas próprias razões de apelação, defende a ocorrência de danos morais, que quer ver arbitrados no importe de R$20.000,00, vulnerada sua dignidade, causados transtornos em sua vida e rotina com a negativa de cobertura dos procedimentos suplementares à bariátrica a que se submeteu. Requer ainda a majoração dos honorários sucumbenciais para 20% do valor da causa.

Recursos regularmente processados e respondidos, defendendo a autora a necessidade de aplicação de multa por litigância de má-fé no importe de 9% do valor atualizado da causa, já que afirmou inveridicamente a ré que o plano da autora foi rescindido, o que não ocorreu, tendo sido até mesmo objeto de aumento no mês de agosto de 2018.

É o relatório.

A sentença não está a merecer reparo.

Incontroverso nos autos que a autora era vítima de obesidade mórbida, tendo se submetido à cirurgia bariátrica (fls. 18), procedimento coberto. Incontroverso, também, que após esse procedimento, a autora perdeu cerca de 41 kg (fls. 21), o que resultou em excesso de pele, evoluindo para deformidade das mamas e do abdômen. Relatou o médico que as mamas apresentam ptose grau 1, flacidez, estrias e se encontram atrofiadas, além do abdômen se encontrar com excesso de pele em avental, estrias e flacidez, por isso se indicando a realização da cirurgia reparadora, conforme relatório de fls. 21. Mas só se tendo autorizado a do abdômen.

Veja-se que sobrelevam, especialmente nos contratos de consumo e, mais, cativos e de longa duração, como o presente, a que inerente, de um lado, uma intrínseca desigualdade das partes e, de outro, a expectativa da permanência e completude da cobertura de contingências médico-hospitalares, novos valores que o solidarismo e a dignidade humana impõem, mercê do comando, antes de tudo, dos próprios artigos 1o e 3o, combinados com os artigos 196 e 199, estes ligados pelo nexo que lhes dá o artigo 197, todos da Constituição Federal.

Em diversos termos, em todos os contratos, mas sobretudo nos de consumo, erige-se princípio, o da boa-fé objetiva (art. 4o, III, do CDC), de que

Acesso ao Sumário

dimanam a transparência e a confiança que devem ser preservadas, máxime quando se tem em mira serviços de relevância pública e de especial função social, como são os de prestação de assistência médica e hospitalar.

Pois é a boa-fé objetiva, justamente, haurida, de início, da disposição do parágrafo 242 da lei civil tedesca, que, em sua função hermenêutica, com as quais concorrem suas funções corretivas (de recomposição do equilíbrio contratual) e supletiva (de criação de deveres denominados anexos, laterais, instrumentais ou secundários), determina, quando menos, a interpretação das cláusulas contratuais em favor do aderente (art. 47 do CDC).

Tome-se, então, sob o influxo destas premissas, a cláusula de exclusão de que ora quer se valer a ré, assim a cláusula 11.1.4. (fls. 231).

Ora, a leitura atenta bem denota que a exclusão quis se referir a cirurgias plásticas de caráter estético, que buscam tão somente a melhoria visual. Mas não é o caso, decerto, das cirurgias, pós-bariátricas, que sejam reparadoras, que integrem o próprio atendimento curativo, como sucede na espécie.

E, no caso, tal o que se contém no relatório de fls. 21, porque ali se refere cirurgia que é mesmo plástica, embora não estética, mesmo a mamária.

Nessa mesma linha já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

"*RECURSO ESPECIAL - AÇÃO ORDINÁRIA - PLANO DE SAÚDE - PRELIMINAR -INFRINGENCIA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ - NÃO VERIFICAÇÃO, NA ESPÉCIE - MÉRITO - CIRURGIA DE REMOÇÃO DE TECIDO EPITELIAL APÓS A SUBMISSÃO DA PACIENTE SEGURADA À CIRURGIA BARIÁTRICA - PROCEDIMENTO NECESSÁRIO E COMPLEMENTAR AO TRATAMENTO DA OBESIDADE, ESTE INCONTROVERSAMENTE ABRANGIDO PELO PLANO DE SAÚDE CONTRATADO, INCLUSIVE, POR DETERMINAÇÃO LEGAL - ALEGAÇÃO DE FINALIDADE ESTÉTICA DE TAL PROCEDIMENTO - AFASTAMENTO – NECESSIDADE - COBERTURA AO TRATAMENTO INTEGRAL DA OBESIDADE - PRESERVAÇÃO DA FINALIDADE CONTRATUAL - NECESSIDADE - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.*" (**STJ, REsp nº 1136475, Rel. Min. Massami Uyeda, DJU 16.3.2010**).

Por fim, vale lembrar que restrições em contratos de seguro e de plano de saúde não podem ser de modo a inviabilizar mesmo o atendimento básico que se contrata; não se devem por de sorte a privar o ajuste de seu efeito primordial, encerrando verdadeira cláusula chamada perplexa, que subtrai do negócio sua eficácia final. A propósito, assentou-se, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que "*o direito subjetivo assegurado em contrato não pode ser exercido de forma a subtrair do negócio sua finalidade precípua*" **(STJ, Resp nº 735.168-RJ, DJU 26.03.2008)**.

Pois decerto o que se daria a admitir-se a tese da ré, negando-se cobertura

a procedimento coberto, reparador e complementar a cirurgia, sem qualquer motivo justificável.

Portanto, não se justificava a negativa de cobertura pela ré.

Por isso tudo é que era de rigor a cobertura pleiteada, mesmo na forma do que, para a espécie, se veio a assentar, afinal, no enunciado da **Súmula 97** deste Tribunal:

"*Não pode ser considerada simplesmente estética a cirurgia plástica complementar de tratamento de obesidade mórbida, havendo indicação médica.*"

Ademais, quanto ao rol da ANS e requisitos próprios ao procedimento, sabido que, renovada e constantemente alterada tabela da ANS, nunca se dá a saber, exatamente, ao consumidor, e de antemão, para que possa manifestar seu consentimento de modo esclarecido, qual o rol de coberturas e exclusões. E se falha o dever de informação, de esclarecimento, um dos chamados deveres anexos ou laterais, que a boa-fé objetiva, na sua função supletiva, impõe às relações obrigacionais, afronta-se afinal princípio básico do CDC (art. 4º, III).

Depois, se o tratamento da doença é coberto, então parece que abusiva restrição que priva o ajuste de seu efeito primordial, encerrando verdadeira cláusula chamada perplexa, que subtrai do negócio sua eficácia final **(STJ Resp nº 735.168-RJ, DJU 26.03.2008)**.

Não bastasse isso, é bem sabido que "*as tabelas da AMB e da ANS são simples referências, não podendo os planos de saúde ficar adstritos a elas - Os contratos de planos de saúde são interpretados conforme o avanço da medicina*" **(Apelação Cível nº 0129036-91.2006.8.26.0000 - São Paulo, 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, v. un., Rel. Des. Ribeiro da Silva, em 15/4/09)**. Isto porque a velocidade com que se reconhecem novos procedimentos, e sem que neles se entreveja, ainda, caráter experimental, não se compadece com o retardo, que pode ser fatal, na inclusão em lista da ANS.

Acesso ao Sumário

Por isso tudo é que era de rigor a cobertura pleiteada, mesmo na forma do que, para a espécie, se veio a assentar, afinal, no enunciado da **Súmula 102** deste Tribunal.

Todavia, mesmo indevida a recusa, não se encontra espaço, no caso, à fixação de dano moral. Veja-se que parte do atendimento foi coberta pela ré, assim a cirurgia do abdômen. Ou seja, não se cuidou de apostar no ilícito lucrativo, na recusa sabidamente indevida e na ausência de reclamo.

Depois, discutindo-se na cobertura, causa da recusa, logo a autora obteve a liminar e acabou inclusive não podendo realizar de pronto a intervenção por outra causa.

Daí, no caso, a falta de sério e indevido abalo a direito essencial.

Por fim, não há causa de lide temerária. O parágrafo de fls. 334 do apelo é isolado e nem bem se conecta com as causas aduzidas para reforma da decisão. Ademais, pressuposto da sanção é a efetiva potencialidade danosa do fato aduzido que, na espécie, não se evidencia.

Os honorários da origem ficam mantidos inclusive à consideração de que a autora deles já se beneficiou integralmente mesmo negados os danos morais. E, nos termos do artigo 85, par. 11º, do CPC, ficam fixados honorários recursais de quinhentos reais para pagamento por ambas as partes.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005349-16.2016.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que são apelantes U.P.S.C.S.M. e I.S.C.M.P., é apelada L.M.S. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48210)**

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

São Paulo, 1º de novembro de 2018.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Dano moral - Hospital - Diagnóstico tardio - Tratamento inadequado - Erro médico - Responsabilidade subjetiva - Conduta culposa do corpo médico comprovada - Dano moral *in re ipsa* - Indenização devida pelos hospitais - Verba indenizatória fixada em montante razoável e proporcional - Ação procedente - Ônus de sucumbência a cargo das corrés (Súmula 326, STJ) - Recursos improvidos.

VOTO

Trata-se de apelações da sentença de fls. 866/871 (objeto de embargos de declaração rejeitados - fls. 892) em que foi julgada procedente ação indenizatória (fls. 1 e 364) ajuizada por L.M.S. (menor) contra U.P.C.S.M. e I.S.C.M.P. "para

Acesso ao Sumário

condenar os réus ao pagamento da indenização por danos morais no importe de R$ 30.000,00, corrigidos pela tabela do TJSP a contar da presente data (súmula 362 do STJ) e juros de mora de 1% ao mês contados da citação" (fls. 870). Foram carreados às corrés os ônus de sucumbência. Inconformadas, apelaram as requeridas (fls. 898/916 e 922/938). Alegou a corré U. que doença (sífilis congênita precoce) que acometia a recém-nascida seria de difícil diagnóstico, demandando tempo de investigação. Além disso, a medicação utilizada seria alternativa à penicilina, que estaria em falta no mercado naquele momento. Argumentou que não teria havido sequelas e os pais da criança também teriam faltado com o dever de informar o médico responsável sobre práticas sexuais de risco. Subsidiariamente, requereu a redução da verba indenizatória e a fixação do regime de sucumbência recíproca. Por sua vez, apelou a corré I.S.C. no mesmo sentido, acrescentando que a eficácia do medicamento "Claforan" seria idêntica à da penicilina. Afirmou, ainda, que não teria ocorrido negligência, imprudência ou imperícia. Oferecidas contrarrazões (fls. 941/947 e 948/953), foram os autos remetidos a esta Corte. A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento dos recursos (fls. 975/977). Foi providenciado o recolhimento do complemento do preparo (fls. 982/985).

É o relatório, adotado, quanto ao restante o da sentença apelada.

Examinados os autos, é certo que a sentença combatida trouxe adequada solução à questão em debate no que tange à responsabilização das corrés, ora apelantes, pelo diagnóstico tardio de sífilis com relação à criança recém-nascida, submetendo-a, consequentemente, a tratamento ineficaz para a reabilitação de sua saúde.

Como observado pelo Juiz de Direito, "(...) Conforme laudo pericial, o exame de sífilis no momento do parto não é obrigatório (quesito 4 - fls. 786), e a autora foi considerada uma criança saudável e tanto ela quanto a mãe receberam alta sem ter apresentado qualquer problema de saúde (quesito 3 - fls. 789)./ Contudo, a partir dos onze dias de vida a menor passou a apresentar rotineiramente quadros febris e era conduzida ao pronto socorro infantil, sendo que nenhuma doença era diagnosticada./ Em 15/08/2015 a menor apresentou abdômen extremamente inchado, palidez e febre. Novo exame de sangue foi realizado, quando foi constatada a sífilis (fls. 44). Conforme respondido pela perita através do primeiro exame de sangue realizado na menor é possível concluir que a bebê portava sífilis (quesito 10 - fls. 786) e que o antibacteriano Cefotaxima ministrado à requerente durante o período que permaneceu internada não é o tratamento mais adequado ao combate da sífilis congênita (quesito 12 - fls. 787)./ Ressalta-se que ao término da primeira internação não houve o encaminhamento para médico especialista no tratamento de sífilis ou para infectologista (quesito 15 - fls. 788) e que não houve o diagnóstico de sífilis, por isso a informação da doença da menor não foi passada aos genitores e

Acesso ao Sumário

não foi informada aos órgãos competentes (quesito 17 - fls. 788)" (fls. 868/869).

O laudo pericial é firme no sentido de que "Conforme constatado nos autos, a Autora foi internada com quadro infeccioso grave e sem diagnóstico, durante sua internação foi realizado tratamento para sepse com melhora do quadro clínico e, apesar da positividade na sorologia para sífilis e CMV, teve alta com o diagnóstico de anemia por CMV sem tratamento da sífilis./ Após a alta foi corretamente diagnosticada a sífilis congênita através das sorologias e novamente internada para o tratamento adequado./ (...) Conclui-se com isso que HOUVE NEGLIGÊNCIA DAS RÉS EM RELAÇÃO A IDENTIFICAÇÃO DA SÍFILIS E TRATAMENTO DA MENOR" (fls. 799/800).

Acrescente-se que afirmou o *expert* que o tratamento ministrado à criança não seria suficiente para a sua cura (quesito 14 - fls. 788). Revela que, em verdade, apesar de detectada a sífilis em exame laboratorial, "o diagnóstico não foi realizado" (quesitos 10 e 17 - fls. 786 e 788).

Em suma, ao contrário do que pretendem fazer crer as apelantes, o tratamento ministrado à recém-nascida não foi alternativo à utilização de penicilina; decorreu de diagnóstico inicial absolutamente dissociado do real quadro clínico da criança, apesar de já detectada em exame laboratorial.

Frise-se, ainda, que a melhora da criança somente ocorreu após intervenção de médico infectologista, realizando tratamento com penicilina (fls. 768).

Não há, portanto, como afastar a responsabilidade dos hospitais, que, no caso, decorre da manifesta negligência e imperícia por parte de seu corpo médico.

Sabidamente, em relação aos danos causados por ato médico, a responsabilidade do hospital é subjetiva. Nas palavras de Rui Stoco, "*Cabe, finalmente, obtemperar a total ausência de sentido lógico-jurídico se, em uma atividade de natureza contratual em que se assegura apenas meios adequados, ficar comprovado que o médico não atuou com culpa e, ainda assim, responsabilizar o hospital por dano sofrido pelo paciente, tão-somente em razão de sua responsabilidade objetiva e apenas em razão do vínculo empregatício ou de preposição entre um e outro*" (Tratado de responsabilidade civil - responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pág. 761).

Tenha-se em mente que "*A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, **é subjetiva**, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1521, III, e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a súmula 341 - STF (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado*

Acesso ao Sumário

ou preposto.)", valendo observar que "*O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc e não aos serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa)*" (Resp nº 258.389/SP, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Fernando Gonçalves, em 16/6/05, DJ 22/8/05, pág.75).

E dano moral houve, na medida em que, a despeito de não terem resultado sequelas, o ato ilícito ensejou, em última análise, violação à integridade física da criança. A hipótese caracteriza dano moral *in re ipsa*.

No caso, é até mesmo difícil mensurar o grau de sofrimento físico enfrentado pela recém-nascida, ante o diagnóstico tardio e tratamento falho da doença que a acometia.

Neste contexto, reconhece-se que a quantia de R$ 30.000,00 é razoável, justa e suficiente para reparação moral da autora, pois atende aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem observa a capacidade econômica do agente, seu grau de culpa, a posição social da ofendida, a intensidade e natureza dos transtornos por ela sofridos.

A sentença é, pois, irrepreensível, merecendo confirmação por seus próprios fundamentos.

Tendo-se em conta que, "*Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca*" (Súmula 326, STJ), responderão as corrés integralmente por custas, despesas processuais e honorários advocatícios, ora majorados em 15% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Nessas circunstâncias, nega-se provimento às apelações.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1022587-98.2014.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante/apelada SULAMÉRICA CIA. DE SEGURO SAÚDE, são apelados/apelantes IRINEU LAVELLO LOPES e CLAUDETE SALLI LOPES.

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 aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 14508)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARY GRÜN (Presidente), MARIA DE LOURDES LOPEZ GIL e JOSÉ RUBENS QUEIROZ GOMES.

São Paulo, 5 de novembro de 2018.

MARY GRÜN, Relatora

Ementa: PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE POR FAIXA ETÁRIA. CONTRATO ANTERIOR A 1999 E NÃO ADAPTADO À LEI 9.656/98.

1. Prescrição da devolução das quantias pagas a maior que fica limitada à prescrição trienal, conforme reconhecido pelo E. STJ em regime de recursos repetitivos (REsp 1360969/RS).

2. Pretensão de reconhecimento de nulidade de reajuste aplicado in concreto e redimensionamento do prêmio. Prazo decenal.

3. E. STJ estabeleceu critérios para aferição da validade de reajustes por mudança de faixa etária em planos de saúde individuais (REsp 1568244/RJ). Mudança de faixa etária que, por si só, não representa abusividade. Necessidade de previsão expressa no contrato acerca das faixas etárias e percentuais de reajustes. Ausência de previsão dos percentuais de reajuste. Ilegalidade. Reajustes afastados. Restituição de valores pagos a maior devida, com as limitações impostas pelos prazos prescricionais indicados acima.

4. Recursos parcialmente providos.

VOTO

Vistos.

Trata-se de "*AÇÃO REVISIONAL DE PLANO DE SAÚDE, COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA, C. C. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO*" movida por segurados de plano de saúde pleiteando que "*o juízo: 1) DECLARE a nulidade absoluta, total ou parcial, com efeitos ex tunc, da cláusula n. 15 , por afronta ao Código de Defesa do Consumidor e ao Estatuto do Idoso, conforme*

ampla fundamentação; 2) DECLARE a ilegalidade do reajuste por faixa etária aplicado aos 56 anos de idade de ambos os autores (julho de 2004 e julho de 2006), por afronta ao CDC, art. 8º c.c. art. 31, caput, art. 46 , 51, IV, 52 , I e III e 54); 3) DECLARE a ilegalidade do reajuste por mudança de faixa etária aos 66 anos do autor (julho de 2014), a) por ter sido aplicado com base em cláusula nula, b) por haver afrontado o art. 15 , § único, da Lei 9 .656/98 e c) por ter violado o art. 15, §3 º, da Lei 10 .741/03; 4) RECONHEÇA que houve pagamento indevido (C. C., 876) e que o prazo prescricional, no caso, conforme jurisprudência pacífica do C. STJ e majoritária do E. TJ/SP (ementas anexas, docs. 10 e 11), é o decenal (C.C., 205); 5) ANTECIPE os efeitos da tutela, caso já não o tenha feito no despacho liminar ou em outra oportunidade, a fim de que se evitem os óbices do efeito suspensivo de eventual recurso; 6) CONDENE a ré a efetuar o expurgo dos reajustes ilegais (efeitos ex tunc) e a devolver aos autores o que, com reservas e sob ressalvas, protestos efusivos, veementes e reiterados, pagaram indevidamente, com acréscimo dos consectários legais;".

Às fls. 66/ 67, foi concedida "*a antecipação da tutela para determinar que a ré deixe de aplicar o reajuste das prestações em razão da modificação de faixa etária do requerente desde julho de 2014, retornando o valor da mensalidade ao patamar vigente antes daquele mês, acrescido dos aumentos autorizados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS. Outrossim, as demais elevações das prestações, ocorridas em 2004 e 2006 , por serem muito antigas, não revelam risco de dano irreparável ou de difícil reparação, motivo pelo qual fica indeferida a antecipação da tutela em relação a elas*".

Sobreveio r. sentença (fls. 161/165 - proferida em 29/06/2015; DJE de 01/07/2015) que julgou parcialmente procedente a ação "*para reconhecer a nulidade da cláusula 15.2 do ajuste, que determina a aplicação de reajuste em razão da alteração de faixas etárias; para declarar a nulidade dos aumentos ocorridos em 2004, 2006 e 2014 por força desse dispositivo e para condenar a ré a devolver aos autores os valores pagos a maior em razão dos aumentos ilícitos nos últimos doze meses anteriores ao ajuizamento da ação, corrigidos monetariamente desde os respectivos desembolsos e com juros moratórios legais partir da citação. Diante da sua sucumbência preponderante, a requerida arcará com as custas e com as despesas processuais, bem como com o pagamento dos honorários advocatícios, que arbitro em 10 % do valor da condenação, com fulcro no artigo 20, parágrafo terceiro, do Estatuto Adjetivo, em razão da diminuta complexidade desta causa*"

Apelam ambas as partes.

Em sua apelação (fls. 169/202 - protocolo em 15/07/2015) a ré tece que "*Todo e qualquer reajuste aplicado pelas companhias de seguro nas taxas dos prêmios de seus segurados não visam aumentar a remuneração advinda da exploração de suas atividades empresariais - como, equivocadamente, parece crer*

Acesso ao Sumário

o magistrado sentenciante. Os reajustes são vitais - como pormenorizadamente destacado na contestação da Apelante - para garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, uma vez que a seguradora deve sempre assegurar a efetiva cobertura securitária, mesmo quando os riscos modificam-se durante a vigência do contrato (como ocorre quando da elevação da faixa etária do beneficiário do contato de seguro saúde)". Pontua que "*recentemente o Superior Tribunal De Justiça entendeu que o reajustes por faixa etária após os 60 anos não deve ser considerado ilegal, tendo em vista a equivalência dos riscos assumidos pelas partes, ou seja, quanto maior o risco, maior o valor do prêmio*", sendo que "*não há de se falar em reajuste discriminatório, conforme o artigo 15, §3º do Estatuto do Idoso, tendo em vista o caráter necessário em relação ao contrato de seguro saúde*". Se volta ainda quanto à sucumbência, afirmando que "*há que se reconhecer a sucumbência recíproca*", uma vez que "*sucumbiram os Apelados quanto à prescrição adequada ao caso*".

Requer "*seja conhecido e provido o presente Recurso de Apelação para seja a r. sentença atacada reformada e julgada totalmente improcedente ou, caso não seja este o entendimento de Vossas Excelências, requer a manutenção do reajuste ocorrido aos 56 (cinquenta e seis) anos do Apelado; Ainda, não sendo este o entendimento adotado, requer aplicação de percentual adequado de reajuste ao caso e seja diminuído o valor arbitrado a título de honorários, uma vez que em desconformidade com a lei*".

Em sua apelação (fls. 207/ 214 - protocolo em 17/07/2015) os autores pontuam que "*como os apelantes manifestaram, oportunamente (fl. 160), a intenção de demonstrar o inconformismo contemporâneo a cada um dos reajustes impugnados, tendo especificado as provas respectivas ao aludido fato controvertido, não pode o E. Tribunal invocar o suposto inconformismo dos apelantes para fixar o termo a quo do prazo prescricional. Caso o faça, a decisão violará o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, implicará supressão de instância e padecerá de flagrante incongruência*".

No mais, sustentam que a prescrição adequada do pedido de devolução das quantias pagas a maior em razão de reajustes ilegais é a decenal, e não a anual como entendeu a r. sentença. Afirmam que "*a nulidade absoluta da cláusula contratual (C.C. 169) torna indevidos todos os pagamentos feitos a maior. A devolução é imperativa, no caso, pois o nulo não produz efeitos (declaração com efeitos ex tunc), sobretudo no caso de que tratamos, uma vez que ao longo da relação, os apelantes manifestaram protestos efusivos, expressas e reiteradas ressalvas. Pagaram as mensalidades, não por concordar com os valores, mas por desconhecimento da dimensão da i legalidade que os vitimava e por absoluta falta de opção*". Tecem ainda que "*a regra do art. 206, §3 º, IV, não deve ser utilizada pelo aplicador para colmatar a lacuna legal. Havendo no mesmo diploma legislativo uma norma geral sobre prescrição, que*

Acesso ao Sumário

melhor atenda à necessidade de proteção do consumidor, deve-se privilegiá-la, em detrimento de outras, muito menos ajustadas ao espírito da legislação consumerista". Sustentam que "*Embora o juízo a quo tenha subsumido o caso à hipótese do art. 206, §1º, II (pretensão do segurado contra o segurador), é preciso destacar que, ao regular o contrato de seguro, o Código Civil deixou explícito que sua disciplina não incidiria sobre situações de reembolso de despesas hospitalares ou de tratamento médico, legadas a lei especial (art. 802 , CC) e, uma vez editada a Lei 9. 656 /9898, estabeleceu-se logo em seu pórtico que incidente às hipóteses de planos e seguros privados de assistência à saúde*". Concluem que "*a ação em que se discute a abusividade de cláusula prevista em contrato de seguro de saúde, sujeita-se ao prazo prescricional de 10 (dez) anos, previsto no art. 205 do Código Civil, por se tratar de relação jurídica que decorre de obrigação de natureza pessoal*".

Tempestivos e com as respectivas custas recolhidas, os recursos foram recebidos "*em seus regulares efeitos*" (fl. 219) e devidamente processados.

Contrarrazões pela ré às fls. 222/237.

Contrarrazões pelos autores às fls. 245/250, com adução de preliminar de afronta ao princípio da dialeticidade, afirmando que "*Se a apelante pretende que o E. Tribunal reforme o provimento de mérito, deveria atacar cada um dos fundamentos da r. sentença, pois cada um deles é suficiente para justificar a nulidade da cláusula e a ilegalidade dos incrementos*".

É o relatório.

1 - PRELIMINAR DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE

Os autores afirmam que o recurso da ré afronta o princípio da dialeticidade porque "*deveria atacar cada um dos fundamentos da r. sentença, pois cada um deles é suficiente para justificar a nulidade da cláusula e a i legalidade dos incrementos*".

Entretanto, trata-se de alegação genérica não especificando qual argumento da r. sentença, não atacado pelo recurso da ré, sustentaria, por si só, o não provimento do recurso da ré, sendo que se entende que os argumentos lançados são capazes de, em tese, caso providos, impor a modificação da r. sentença.

Assim, fica a preliminar afastada.

2 - PRESCRIÇÃO DA RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS

Acerca do prazo prescricional para restituição de quantias pagas a maior em decorrência de reajustes abusivos de plano de saúde, o Egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, em regime de recursos repetitivos, no REsp 1360969/RS de relatoria do Ministro MARCO AURELIO BELLIZE, definiu que se aplica o prazo prescricional trienal (art. 206 , § 3º, IV, do Código Civil):

Acesso ao Sumário

1. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. CIVIL. CONTRATO DE PLANO OU SEGURO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. PRETENSÃO DE NULIDADE DE CLÁUSULA DE REAJUSTE. ALEGADO CARÁTER ABUSIVO. CUMULAÇÃO COM PRETENSÃO DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE. EFEITO FINANCEIRO DO PROVIMENTO JUDICIAL. AÇÃO AJUIZADA AINDA NA VIGÊNCIA DO CONTRATO. NATUREZA CONTINUATIVA DA RELAÇÃO JURÍDICA. DECADÊNCIA.

AFASTAMENTO. PRAZO PRESCRICIONAL TRIENAL. ART. 206, § 3º, IV, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRETENSÃO FUNDADA NO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.

2. CASO CONCRETO: ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL A QUO CONVERGE COM A TESE FIRMADA NO REPETITIVO. PRESCRIÇÃO TRIENAL. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.

PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO ÂNUA PREVISTA NO ART. 206, § 1º, II DO CC/2002. AFASTAMENTO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Em se tratando de ação em que o autor, ainda durante a vigência do contrato, pretende, no âmbito de relação de trato sucessivo, o reconhecimento do caráter abusivo de cláusula contratual com a consequente restituição dos valores pagos indevidamente, torna-se despicienda a discussão acerca de ser caso de nulidade absoluta do negócio jurídico - com provimento jurisdicional de natureza declaratória pura, o que levaria à imprescritibilidade da pretensão - ou de nulidade relativa - com provimento jurisdicional de natureza constitutiva negativa, o que atrairia os prazos de decadência, cujo início da contagem, contudo, dependeria da conclusão do contrato (CC/2002, art. 179). Isso porque a pretensão última desse tipo de demanda, partindo-se da premissa de ser a cláusula contratual abusiva ou ilegal, é de natureza condenatória, fundada no ressarcimento de pagamento indevido, sendo, pois, alcançável pela prescrição. Então, estando o contrato ainda em curso, esta pretensão condenatória, prescritível, é que deve nortear a análise do prazo aplicável para a perseguição dos efeitos financeiros decorrentes da invalidade do contrato.

2. Nas relações jurídicas de trato sucessivo, quando não estiver sendo negado o próprio fundo de direito, pode o contratante, durante a vigência do contrato, a qualquer tempo, requerer a revisão de cláusula contratual que considere abusiva ou ilegal, seja com base em nulidade absoluta ou relativa. Porém, sua pretensão condenatória de repetição do indébito terá que se sujeitar à prescrição das parcelas vencidas no período anterior à data da propositura da ação, conforme o prazo prescricional aplicável.

3. Cuidando-se de pretensão de nulidade de cláusula de reajuste prevista em contrato de plano ou seguro de assistência à saúde ainda vigente, com a consequente repetição do indébito, a ação

Acesso ao Sumário

ajuizada está fundada no enriquecimento sem causa e, por isso, o prazo prescricional é o trienal de que trata o art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002.

4. É da invalidade, no todo ou em parte, do negócio jurídico, que nasce para o contratante lesado o direito de obter a restituição dos valores pagos a maior, porquanto o reconhecimento do caráter ilegal ou abusivo do contrato tem como consequência lógica a perda da causa que legitimava o pagamento efetuado. A partir daí fica caracterizado o enriquecimento sem causa, derivado de pagamento indevido a gerar o direito à repetição do indébito (arts. 182, 876 e 884 do Código Civil de 2002).

5. A doutrina moderna aponta pelo menos três teorias para explicar o enriquecimento sem causa: a) a teoria unitária da deslocação patrimonial; b) a teoria da ilicitude; e c) a teoria da divisão do instituto. Nesta última, basicamente, reconhecidas as origens distintas das anteriores, a estruturação do instituto é apresentada de maneira mais bem elaborada, abarcando o termo causa de forma ampla, subdividido, porém, em categorias mais comuns (não exaustivas), a partir dos variados significados que o vocábulo poderia fornecer, tais como o enriquecimento por prestação, por intervenção, resultante de despesas efetuadas por outrem, por desconsideração de patrimônio ou por outras causas.

6. No Brasil, antes mesmo do advento do Código Civil de 2002, em que há expressa previsão do instituto (arts. 884 a 886), doutrina e jurisprudência já admitiam o enriquecimento sem causa como fonte de obrigação, diante da vedação do locupletamento ilícito.

7. O art. 884 do Código Civil de 2002 adota a doutrina da divisão do instituto, admitindo, com isso, interpretação mais ampla a albergar o termo causa tanto no sentido de atribuição patrimonial (simples deslocamento patrimonial), como no sentido negocial (de origem contratual, por exemplo), cuja ausência, na modalidade de enriquecimento por prestação, demandaria um exame subjetivo, a partir da não obtenção da finalidade almejada com a prestação, hipótese que mais se adequada à prestação decorrente de cláusula indigitada nula (ausência de causa jurídica lícita).

8. Tanto os atos unilaterais de vontade (promessa de recompensa, arts. 854 e ss.; gestão de negócios, arts. 861 e ss.; pagamento indevido, arts. 876 e ss.; e o próprio enriquecimento sem causa, art. 884 e ss.) como os negociais, conforme o caso, comportam o ajuizamento de ação fundada no enriquecimento sem causa, cuja pretensão está abarcada pelo prazo prescricional trienal previsto no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002.

9. A pretensão de repetição do indébito somente se refere às prestações pagas a maior no período de três anos compreendidos no interregno anterior à data do ajuizamento da ação (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002; art. 219, caput e § 1º, CPC/1973; art. 240, § 1º, do CPC/2015).

10. Para os efeitos do julgamento do recurso especial repetitivo,

Acesso ao Sumário

fixa-se a seguinte tese: Na vigência dos contratos de plano ou de seguro de assistência à saúde, a pretensão condenatória decorrente da declaração de nulidade de cláusula de reajuste nele prevista prescreve em 20 anos (art. 177 do CC/1916) ou em 3 anos (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002), observada a regra de transição do art. 2.028 do CC/2002.

11. Caso concreto: Recurso especial interposto por Unimed Nordeste RS Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos Ltda. a que se nega provimento.

(REsp 1360969/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/08/2016, DJe 19/09/2016 - g.n.)

Assim, tendo a ação sido proposta em 10/11/2014, a condenação à restituição dos valores pagos a maior em virtude dos reajustes considerados ilegais pode abranger apenas aqueles aplicados a partir de 10/11/2011.

Assim sendo, reconhece-se a prescrição do pedido de restituição de valores pagos anteriormente a 10/11/2011, e não somente nos 12 meses anteriores ao ajuizamento da presente ação, como constou da r. sentença.

3 - PRESCRIÇÃO DA DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE REAJUSTE E REDIMENSIONAMENTO DAS MENSALIDADES

Por outro lado, a pretensão de reconhecimento de nulidade de reajuste aplicado *in concreto* e de redimensionamento do prêmio sujeita-se ao prazo geral de prescrição do art. 205 do CC (dez anos).

Dessa forma, quanto a este pedido, ocorreu a prescrição do reajuste relativo aos 56 anos de idade do coautor Irineu, ocorrido em julho de 2004, que fica, portanto, reconhecida. Os demais reajustes questionados ocorreram há menos de 10 anos da propositura da ação, não havendo que falar em prescrição da pretensão de seu afastamento.

4 - REAJUSTE POR FAIXA ETÁRIA

Reconhecida a prescrição da pretensão relativa ao reajuste ocorrido em julho de 2004, resta analisar apenas a validade do reajuste por mudança de faixa etária relativo aos 56 anos de coautora Claudete (ocorrido em julho de 2006) e aquele relativo aos 66 anos do coautor Irineu (ocorrido em julho de 2014).

O Egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, em regime de recursos repetitivos, no REsp. nº 1.568.244/RJ, de relatoria no Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, definiu os critérios para que os reajustes das mensalidades dos planos de saúde individuais por mudança de faixa etária do beneficiário sejam considerados válidos, segundo a data em que o contrato foi firmado e se foi adaptado Lei nº 9. 656 /1998, que devem ser observados:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

Acesso ao Sumário

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 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***

Acesso ao Sumário

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

b) Em se tratando de contrato (novo) firmado ou adaptado entre 2/1/1999 e 31/12/2003, deverão ser cumpridas as regras constantes na Resolução CONSU nº 6/1998, a qual determina a observância de 7 (sete) faixas etárias e do limite de variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de 70 anos não poderá ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para os usuários entre 0 e 17 anos), não podendo também a variação de valor na contraprestação atingir o usuário idoso vinculado ao plano ou seguro saúde há mais de 10 (dez) anos.

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

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

9. Se for reconhecida a abusividade do aumento praticado pela 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.

Acesso ao Sumário

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

11. CASO CONCRETO: Não restou configurada nenhuma política de preços desmedidos ou tentativa de formação, pela operadora, de "cláusula de barreira" com o intuito de afastar a usuária quase idosa da relação contratual ou do plano de saúde por impossibilidade financeira.

Longe disso, não ficou patente a onerosidade excessiva ou discriminatória, sendo, portanto, idôneos o percentual de reajuste e o aumento da mensalidade fundados na mudança de faixa etária da autora.

12. Recurso especial não provido.

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

In casu, o contrato foi firmado anteriormente a 02 /01 /1999 (início da vigência da Lei nº 9.656/ 98) e não é adaptado à Lei nº 9.656/ 98, sendo que, "*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*".

Ocorre que, apesar do contrato firmado prever expressamente as faixas etárias (Cláusula 15.2 - fls. 38), não há indicação dos prêmios e percentuais de reajuste, conforme exigido no recurso repetitivo ("*deverá estar prevista no contrato, de forma clara, bem como todos os grupos etários e os percentuais de reajuste correspondentes*").

Basta a simples leitura do contrato (fls. 28/40) para se verificar que a cláusula 15 (fls. 38/39), que disciplina os reajustes, é de difícil compreensão, condicionando o valor do prêmio à "US" (unidade de serviço descrita na cláusula 10.1.2 - fls. 33) cujo valor não está especificado.

Destaca-se que, para possibilitar a avaliação da legalidade do reajuste, incumbe à operadora do plano, pela posição que ocupa, demonstrar o preenchimento dos requisitos, bem como fornecer as informações acerca das outras faixas etárias. Como se extrai das Resoluções acima mencionadas, a comparação do prêmio e dos reajustes aplicados para as outras faixas etárias é o principal critério de avaliação de eventual abusividade, uma vez que a ideia do reajuste por faixa etária está diretamente relacionada com a manutenção do equilíbrio daquele plano coletivamente analisado.

Acesso ao Sumário

Acrescente-se que não há, no contrato, a previsão expressa dos percentuais de reajuste a serem aplicados em razão da mudança de cada faixa etária, o que impossibilita a apuração de percentual apto a manter o equilíbrio do contrato.

Em casos semelhantes e envolvendo a mesma operadora de plano de saúde a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça já reconheceu a abusividade dos reajustes:

> "*Com efeito, embora o contrato em apreço tenha sido firmado em 21 de outubro de 1996 (cfr. fls. 89/113), portanto, anterior à Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e que nele estejam previstos os epigrafados reajustes em valores equivalentes a 'Unidades de Serviço' (US), resta evidente o aumento excessivo das mensalidades exigidas pela ré, pois, apenas em razão da mudança de faixa etária, ao completar 61 (sessenta e um), 66 (sessenta e seis) e 71 (setenta e um) anos de idade, o prêmio da autora foi reajustado, respectivamente, em 32, 92% (trinta e dois inteiros e noventa e dois centésimos por cento), 36, 67% (trinta e seis inteiros e sessenta e sete centésimos por cento) e 39, 19% (trinta e nove inteiros e dezenove centésimos por cento), sem qualquer justificativa ou comprovação atuarial que pudesse respaldar referidos percentuais, evidenciando que foram instituídos apenas em razão do incremento da idade, colocando a autora em desvantagem exagerada. O mesmo é de se dizer acerca do reajuste anual cumulativo de 5% (cinco por cento) a partir do 72º aniversário do segurado, previsto na cláusula 16.3 da avença, pois notoriamente discriminatório ao idoso.*"
>
> (TJSP, Ap. 1001856 -56.2017.8.26.0011, 9ª Câm. de Direito Privado, Rel. Des. José Aparício Coelho Prado Neto, j. 10/04/2018).
>
> "*Ainda que se argumentasse que o contrato, quando do reajuste de 2011, não havia sido, hipoteticamente, adaptado à lei de regência dos planos de saúde, o que na visão da Sul América, legitimaria o reajuste por faixa etária, já que estribado no entender vinculante do STJ, não se há de dar guarida à sua pretensão.*
>
> *Isso porque o prêmio é reajusta do por 'US' (UNIDADE DESERVIÇO), e cujo cálculo segue fórmula de difícil compreensão, e sem qualquer indicação específica e clara do percentual a ser utilizado, violando, assim, o princípio da transparência, norte das relações contratuais (fls. 289), fato este, suficiente, para a comprovação da abusividade; ou seja, vincular a majoração de mensalidade a parâmetro de difícil compreensão, inviabiliza ao beneficiário do seguro ter prévio conhecimento dos valores das mensalidades.*
>
> *Por último, tampouco há de se falar na produção de prova pericial, pois cabia à apelante, ao estabelecer as cláusulas dos reajustes das mensalidades pelo critério da faixa etária nos contratos de adesão ao seguro saúde por ela fornecido, indicar expressamente o indexador de preços a ser utilizado, e de como se daria claramente o critério de apuração, e demonstração das prestações futuras.*"

Acesso ao Sumário

(TJSP, Ap. 1019416-35.2017.8.26.0100, 2ª Câm. de Direito Privado, Relª. Desª. Hertha Helena De Oliveira, j. 11/04/2018 g.n.).

"*Plano de saúde. Aumento de mensalidade em razão de mudança da faixa etária. Inexistência de ilegalidade no aumento por faixa etária em razão do julgamento do REsp nº nº 1.568.244 - RJ, com natureza de recurso repetitivo. Contrato assinado antes da lei 9.656/98, antigo e não adaptado. Percentuais de reajuste por mudança de faixa etária que estão em desacordo com a legislação consumerista ante a falta de informação e transparência necessárias. Percentuais aleatórias e sem a respectiva justificação atuarial. Tabela expressa em Unidade de Serviço (US), com variáveis inacessíveis aos consumidores. Abusividade reconhecida. Valor adequado que deverá ser apurado em fase de liquidação. Recurso improvido.*"

(TJSP, Ap. 1001124 -02.2017.8.26.0100, 4ª Câm. de Direito Privado, Rel. Des. Maia da Cunha, j. 22/03/2018 - g.n.).

Assim, não havendo previsão contratual completa acerca dos reajustes por faixa etária, estes devem ser considerados ilegais, afastando-os e determinando a devolução do quanto pago por sua incidência, conforme determinado pela r. sentença, com as limitações decorrentes dos prazos prescricionais indicados nos itens anteriores.

5 - DISPOSITIVO

Ante o exposto, pelo meu voto, **dá-se parcial provimento aos recursos** para: *i)* reconhecer a prescrição da restituição dos valores pagos a maior anteriormente a 10 /11 /2011; e *ii)* reconhecer a prescrição da declaração de nulidade do reajuste relativo aos 56 anos de idade do coautor Irineu, em julho de 2004.

Quanto à sucumbência, diante do reconhecimento da prescrição parcial das pretensões, entende-se que as partes sucumbiram em partes semelhantes do objeto da ação. Dessa forma, cada parte arcará com 50% das custas e despesas processuais. Vedada a compensação de honorários em caso de sucumbência recíproca, deverá cada um deles pagar ao patrono da parte contrária honorários advocatícios, que arbitro em 15 % do valor da condenação à restituição das quantias pagas a maior em virtude dos reajustes afastados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000772-71.2017.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante MRV NRK XXI INCORPORADORAÇÕES SPE LTDA., é apelado LILIANI MENDONCA RODAS (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 24.746)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COSTA NETTO (Presidente) e JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO.

São Paulo, 5 de novembro de 2018.

GALDINO TOLEDO JÚNIOR, Relator

Ementa: COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA - Ação de indenização por danos morais, ajuizada por adquirente de imóvel - Sentença de procedência - Inconformismo exclusivo da construtora ré, buscando a reforma da decisão e o afastamento do pedido inicial - Inadimplemento contratual constatado - Inexistência de prévia informação sobre a instalação de caixas de inspeção de eletricidade no imóvel da compradora - Dano moral verificado - Prejuízo à utilização da área externa - Descumprimento de norma técnica - Necessidade de entrar no imóvel periodicamente para manutenção das caixas - Violação de direitos da personalidade - Dever de indenizar reconhecido - Manutenção do édito condenatório em reparação moral - Montante fixado de R$ 20.000,00, que não se mostra exacerbado ante as circunstâncias do caso - Sentença mantida - Apelo desprovido.

VOTO

1. Ao relatório constante da sentença de fls. 240/241, acrescento que esta julgou procedente ação de indenização por danos morais, fundada em transtornos psicológicos experimentados pela adquirente, por conta de indevida instalação de caixa de inspeção de eletricidade em área de lazer privativa e recreativa na sua unidade habitacional, em desacordo com o previsto na planta e sem observância da norma técnica da ABNT, fixando a reparação extrapatrimonial devida em R$ 20.000,00. Sucumbente, foi a construtora ré condenada nas custas e despesas processuais, e em honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.

Insurge-se a construtora vencida contra a decisão, argumentando, em resumo, que inexiste nos autos prova apta a demonstrar o suposto prejuízo moral experimentado pela adquirente. Isto porque, não há qualquer impedimento legal

Acesso ao Sumário

de instalação de caixa de inspeção de eletricidade no imóvel, até porque, houve respeito à boa técnica, nos termos da ABNT, sem contar que a perícia testificou que é raro a intervenção e/ou manutenção na caixa de passagem de eletricidade, sem riscos para a saúde ou a vida do consumidor. Por fim, aduz que a adquirente nada reclamou sobre a existência das referidas caixas em sua residência e tampouco aventou irregularidades por ocasião da vistoria final e recebimentos das chaves. Dessa forma, inexistindo prova da suposta desvalorização no imóvel e do ilícito experimentado pela compradora, descabida a indenização perseguida a título de danos morais, ou, no mínimo sua redução, pena de enriquecimento ilícito (fls. 243/258).

Recurso regularmente processado, sem oferecimento de contrarrazões (cf. certificado à fl. 265).

2. Em 05 de janeiro de 2014, as partes celebraram compromisso de venda e compra da unidade imobiliária n. 103, Bloco 8 - Parque Rio Ebro, situado à Avenida Projetada A, 301, 1.444, localizado na cidade de São José do Rio Preto - SP (fls. 12/21).

De acordo com a planta de fl. 62, o imóvel possui área externa murada, onde, ilustrativamente, foram colocadas uma mesa com quatro cadeiras, um canteiro de plantas e pia de canto, o que leva a crer que o local poderia ser utilizado pela compradora para lazer e outras atividades.

Note-se que não há nesta imagem, muito menos no contrato (fl. 62 e fls. 12/21), qualquer menção escrita ou indicação visual sobre a possibilidade de instalação de caixas de inspeção de eletricidade dentro da área privativa descoberta, conforme se visualiza pela fotografia de fl. 63.

Nem mesmo a construtora ré se preocupou de carrear o memorial descritivo do empreendimento a respeito da previsão de instalação da referida caixa de inspeção de eletricidade, mas tão somente no parecer técnico datado de 29.7.2016 (fls. 136/138), produzido depois da entrega das chaves do imóvel à adquirente em 26.4.2016 (fl. 144).

Acesso ao Sumário

Assim, pelo que consta dos autos, a instalação deste equipamento se realizou sem qualquer informação prévia à adquirente, que somente tomou ciência da situação em 26 de abril de 2016, quando assinou o laudo de vistoria e termo de posse (fls. 139/143).

Narrou ainda na inicial que tal caixa de eletricidade alocada em área privativa do imóvel, além de não ter sido informada durante a tratativa negocial, por ocasião da exposição de croquis, planta e projeto arquitetônico, fere o disposto em norma da ABNT (8160/1997, item 4.2.6.2), estando configurada situação de risco a sua família, sem contar a desvalorização no valor comercial do imóvel.

Por este motivo, ajuizou a compradora a presente demanda, que, ao final,

foi julgada procedente, pois entendeu o MM. Juiz *a quo*, calcando-se no laudo do perito judicial de que na área privativa e coberta pertencente à autora, "*há um ralo para coleta de águas pluviais e uma caixa de passagem de instalações elétricas*".

E concluí: "*De resto, o que se tem, aqui, é que a caixa foi colocada em desacordo com as normas da ABNT, fato que, não há negar, gera considerável desvalorização do imóvel da parte autora, que se vê impedida de utilizar a área em sua totalidade, sujeitando-se, ainda, a franquear a entrada de terceiros para eventuais reparos, com todos os incômodos daí derivados*" (fl. 240).

Analisadas as razões do apelo, não obstante o esforço argumentativo dos patronos da construtora ré, não se defluiu das provas coligidas nos autos, outra conclusão que não aquela a que chegou o juízo recorrido.

Isto porque, para fins da reparação pleiteada, fez-se prova abundante da ocorrência de dano imaterial, diante da nítida violação aos direitos da personalidade da compradora (especificamente os direitos à moradia, à intimidade e à privacidade).

Verifica-se que no caso concreto houve falha da construtora, por falta de informação à adquirente, pois, caso houvesse necessidade realizar tal intervenção/modificação na planta do imóvel, era essencial que a vendedora informasse previamente à adquirente, o que viola o disposto contido nos artigos 6º, III e 31, do Código de Defesa do Consumidor, daí o direito desta à indenização por danos morais.

Nem se cogite argumentar que a adquirente poderia ter descoberto a mudança do projeto caso tivesse feito qualquer visita à obra, já que é extremamente incomum que adquirentes de imóveis acompanhem *in loco* a construção.

Do mesmo modo, a vendedora não pode dizer que a compradora deveria ter recusado o recebimento das chaves, ou, ainda, que esta não levantou qualquer irregularidade quando assinou a vistoria final do imóvel, pois, tratando-se de contrato celebrado no âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida, pode-se presumir que a adquirente não possuía casa própria, havendo, portanto, necessidade de aceitação do bem para residência.

Constatado, portanto, o inadimplemento contratual da alienante, que não cumpriu com o dever de informar a consumidora, não sendo esta, contudo, a única razão do surgimento do dever de indenizar.

A fotografia de fl. 63 demonstra que a instalação das caixas de inspeção de eletricidade prejudicou a utilização da área privativa, pois incompatível com a característica de área de lazer.

Esta situação denota violação ao direito à saúde e à moradia da adquirente, que se esforçou para adquirir a casa própria e, quando realizou este sonho, viu-

Acesso ao Sumário

se residindo em local em desacordo com o contratado.

Reforça este entendimento o conteúdo do item 4.2.6.2., da norma ABNT NBR 8160/1997, que prevê que "*não devem ser colocadas caixas de inspeção ou poços de visita em ambientes pertencentes a uma unidade autônoma, quando os mesmos recebem a contribuição de despejos de outras unidades autônomas*", ressaltando-se que não há nenhum documento demonstrando que a apelada concordou com referida instalação, e nem que essa estava ciente deste projeto.

Ademais, como a área é murada, para que seja feita a manutenção da caixa de inspeção de eletricidade é necessário transitar pela parte interna do imóvel, numa eventual vistoria ou manutenção da fiação elétrica, o que certamente causa transtornos, violando-se os direitos à intimidade e à privacidade da adquirente.

Nítida, então, a necessidade de indenizar a autora pelos danos imateriais sofridos, diante da violação de diversos direitos da personalidade.

Em caso parelho esta E. Corte já decidiu: "*Apelação cível. Ação de indenização. Autor adquiriu da ré um imóvel na planta, que possui uma área privativa descoberta, a ser utilizada como área de lazer, todavia, a ré instalou 2 caixas de coleta efluente que serve às demais unidades do prédio, em total desacordo às normas da ABNT. Réu revel. Documentos juntados na inicial que embasam os fatos alegados, sem qualquer impugnação específica. Desvalorização do imóvel. Indenização devida. Apelo desprovido*" (Apelação 1019493-42.2015.8.26.0576, 8ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Silvério da Silva).

Ou ainda: "*INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - Defeito em imóvel - Procedência do pedido - Inconformismo de ambas as partes - Desacolhimento - Aplicação do disposto no art. 252 do RITJSP - Decadência - Inocorrência - Danos causados por fato do produto - Incidência do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor - Laudo pericial comprovando a existência de caixa de eletricidade na área privativa do imóvel - Juízo que não está adstrito ao laudo - Desvalorização inequívoca decorrente da necessidade de ingresso de estranhos no imóvel para eventual manutenção e impossibilidade de disponibilização da área a critério dos proprietários, uma vez que a caixa deverá ficar à mostra e com acesso facilitado - Dano material fixado em 10% sobre o valor do imóvel que se mostra razoável - Dano moral configurado - Indenização arbitrada em R$ 10.000,00 - Observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade - Sentença mantida - Recursos desprovidos*". (Apelação 1010960-52.2016.8.26.0320, 5ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador J. L. Mônaco da Silva).

Logo, definida a obrigação de indenizar, resta a questão relacionada ao *quantum* indenizatório. No que concerne à quantificação dos danos morais deve o julgador atentar para as circunstâncias da causa, o grau de culpa do causador, as consequências do ato, as condições econômicas e financeiras das partes, de

Acesso ao Sumário

forma a não permitir que o valor deferido premie imoderadamente a ofendida, mas também não seja tão ínfimo que estimule seu causador a não cessar seu proceder incorreto.

Importante lembrar a lição sempre atual de Yussef Said Cahali (Dano e Indenização, RT 1980, p. 26): "*A sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente dita, que indenização significa eliminação do prejuízo e das suas conseqüências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia em dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo em que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa*".

Nesse passo, tenho que a valoração dos danos foi bem calculada, dado o dano moral experimentado pela demandante, daí porque, descabido o pleito alternativo formulado pela empresa ré para minorar o valor reparatório, posto que o montante fixado de R$ 20.000,00, não extrapola os limites razoáveis da reparação, como também o escopo admoestatório para inibir a reiteração, não se convertendo em enriquecimento sem causa. Importante ter sempre em mente que valor da indenização, consoante precedente oriundo do Superior Tribunal de Justiça, "*não pode contrariar o bom senso, mostrando-se manifestamente exagerado ou irrisório*" (RT 814/167).

Deixo de fixar honorários advocatícios, para os fins do artigo 85, § 11º, do Código de Processo Civil, uma vez que a apelada sequer ofertou contrarrazões recursais.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001113-56.2017.8.26.0428, da Comarca de Paulínia, em que é apelante C.D.S. (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados P.K.D.S. (MENOR(ES) ASSISTIDO(S)) e A.C.D.S. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35371)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente), EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE e JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA.

São Paulo, 6 de novembro de 2018.

Acesso ao Sumário

PAULO ALCIDES, Relator

Ementa: REVISIONAL DE ALIMENTOS. Ação proposta por pai contra seus dois filhos menores. Sentença de improcedência que manteve em 1/3 dos rendimentos do alimentante o encargo em favor dos alimentados. Ausência de comprovação da redução da capacidade financeira do genitor. Não houve de alteração do binômio necessidade/possibilidade a justificar a pretendida diminuição da obrigação. Base de cálculo, contudo, que merece adequação. O encargo, na hipótese de vínculo empregatício, deve incidir apenas sobre os vencimentos líquidos de caráter permanente, incluindo o décimo terceiro salário. O terço constitucional integrante das férias, gozadas ou convertidas em pecúnia, deve integrar a base de cálculo da pensão alimentícia. Verbas de natureza eventual ou aleatória, de caráter personalíssimo e que não se incorporam ao salário (FGTS, verbas rescisórias, PLR), não compõem a remuneração para fins de alimentos. Sentença reformada em parte. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por C.D.S. contra a r. sentença (fls. 271/269), relatório adotado, que julgou improcedente a ação revisional de alimentos proposta contra seus filhos P.K.D.S. e A.C.D.S., menores assistido e representado por sua genitora K.T.A.G., respectivamente.

Sustenta, em síntese, que a pensão fixada no acordo de divórcio celebrado com a genitora dos menores está acima de sua capacidade financeira. Alega que, além de ser descontado 1/3 de seus rendimentos líquidos, paga o plano de saúde dos filhos, e com tais deduções seu salário não é suficiente para o seu próprio sustento. Argumenta que a mãe das crianças aufere renda superior à sua e, portanto, deve contribuir em maior monta para o sustento da prole. Pede, ainda, a revisão da base de cálculo do encargo para que sejam excluídas as verbas de caráter indenizatório, tais como FGTS, PLR, abono e verba rescisória (fls. 280/285).

Acesso ao Sumário

Recurso processado e contrariado (fls. 288/294).

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento do recurso (fls. 300/304).

É o relatório.

Trata-se de ação revisional de alimentos proposta pelo autor contra seus filhos com o fim de reduzir a pensão fixada em 1/3 de seus rendimentos líquidos para 20%, excluídas da base de cálculo as verbas de caráter indenizatório. Alternativamente, pleiteou que fosse desobrigado a manter os menores como seus dependentes em seu plano de saúde.

Como cediço, tanto nas ações voltadas à fixação de alimentos, quanto naquelas onde se pleiteia sua revisão, busca-se o equilíbrio entre as necessidades do alimentado e as possibilidades econômicas do alimentante.

Nesse sentido:

> "*Imprescindível será que haja proporcionalidade na fixação dos alimentos entre as necessidades do alimentando e os recursos econômico-financeiros do alimentante, sendo que a equação desses dois fatores deverá ser feita, em cada caso concreto, levando-se em conta que a pensão alimentícia será concedida sempre 'ad necessitatem' (JB 165/279; RT 530/105; 528/227; 367/140; 48/561, 320/569; 269/343 e 535/107; Ciência Jurídica 44/154; EJSTJ 23/122; RSTJ 96/322)*". (Maria Helena Diniz. Código Civil Anotado. Editora: Saraiva. 2002. 8ª Edição. Págs. 1.099 e 1.101).

A necessidade dos requeridos decorre de sua menoridade: "*O dever de prestar alimentos aos filhos menores impúberes independe da demonstração da necessidade, cabendo ao Juiz, diante das circunstâncias, promover a instrução para que sejam abertos os caminhos para a prestação dos alimentos possíveis.*" (STJ - REsp 241.832/MG - Terceira Turma - Rel. Min. Menezes Direito - j. 17.06.03).

Além da verificação do equilíbrio entre binômio necessidade-possibilidade, para a alteração do *quantum* alimentar deve ser, ademais, apresentada prova irrefutável e convincente da nova situação ensejadora da ação revisional de alimentos.

No caso, o apelante pretende a redução da pensão alimentícia com o fundamento principal de que o valor acordado com sua ex-mulher à época do divórcio (17.05.2016) está acima de sua capacidade financeira.

Contudo, verifica-se que do momento do arbitramento da obrigação para os dias atuais não houve nenhuma alteração na condição econômica do requerente: permanece no mesmo emprego, exercendo a mesma função e percebendo o mesmo salário de antes.

Acrescente-se que o valor dos alimentos foi fixado em porcentagem de seus ganhos, o que aufere maior proporcionalidade entre a obrigação e a capacidade financeira do devedor, visto que aumenta ou diminui na exata medida de seu salário.

Acesso ao Sumário

Ressalte-se que o autor não demonstrou possuir despesa extraordinária que o onerou demasiadamente após o arbitramento dos alimentos.

Desta forma, ausente pressuposto básico para alteração da pensão alimentícia, ou seja, o recorrente não provou, de forma irrefutável e convincente, a modificação das necessidades dos menores ou o depauperamento de suas condições econômicas, não há elementos para redução dos alimentos prestados.

Por outro lado, há necessidade de se readequar a base de cálculo no caso de emprego.

Na lição de Yussef Cahali, "*Quanto à base sobre a qual deverá incidir o percentual, é firme a jurisprudência em considerar que o termo vencimentos, salários ou proventos, não acompanhado de qualquer restrição,* ***somente pode corresponder à totalidade dos rendimentos auferidos pelo devedor no desempenho de sua função ou de suas atividades empregatícias***". Assim, "*não há por que deferir percentual sobre as verbas relativas às gratificações pagas sem caráter usual, dada a excepcionalidade de tais rendimentos*". (DOS ALIMENTOS, 4ª. Ed. Ed. RT, p. 734/735 - grifei).

Portanto, os alimentos, em se tratando de vínculo formal de trabalho, devem ser fixados somente sobre as verbas salariais de caráter permanente.

Nesse contexto, o terço constitucional integrante das férias, indenizadas ou não, dado seu caráter remuneratório, deve compor a base de cálculo da pensão alimentícia.

Já as férias convertidas em pecúnia, em razão da sua natureza indenizatória, não compõem a remuneração do trabalhador, não integrando a base de cálculo da obrigação.

A questão encontra-se pacificada na jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, bem como desta E. Câmara:

> *FAMÍLIA. ALIMENTOS. BASE DE CÁLCULO. REMUNERAÇÃO DO ALIMENTANTE. INCLUSÃO DA GRATIFICAÇÃO NATALINA E DO TERÇO DE FÉRIAS. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE RESSALVA EM CLÁUSULA EXPRESSA. A Segunda Seção desta Corte Superior consagrou o entendimento, em recurso repetitivo, de que o 13º salário (gratificação natalina) e o adicional de férias (terço constitucional) integram a base de cálculo da pensão alimentícia, desde que não haja pactuação em sentido inverso. É que tais estipêndios integram a remuneração do genitor, sendo abarcados pelo conceito de "renda líquida". 2. Agravo regimental a que se nega provimento*. (STJ, AgRg no Resp nº 1.152.681, 3ª Turma, Ministro Relator Vasco Della Giustina, 24.8.2010) - grifei

> *Alimentos - Fixado em observância ao binômio necessidade e possibilidade - Adicional constitucional de um terço de férias -*

Necessidade de inclusão na base de cálculo da pensão alimentícia - Natureza salarial - Recurso parcialmente provido. (TJSP, Apelação 0058657-59.2011.8.26.0224, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Fortes Barbosa, j. 17/10/2013).

Além disso, a exclusão das horas extras deve sobressair, haja vista que se trata de verba personalíssima, porquanto o trabalhador ultrapassa a jornada regular, deixando de usufruir do repouso, ou de maior tempo de lazer, logo, abrange aspecto de natureza indenizatória.

Nesse sentido:

"Alimentos. (...) Obrigação fundada na relação de parentesco - Incidência do percentual da pensão sobre horas extras, e adicional noturno – Inadmissibilidade - Verbas que constituem, respectivamente, elemento eventual ou aleatório, um direito personalíssimo, de caráter essencialmente indenizatório (...) - Recurso parcialmente provido." (Apelação Cível nº 0039.416-26.2010.8.26.0001. Relator Des. Moreira Viegas. Quinta Câmara de Direito Privado. J. 19-12-2012).

Também estão excluídos o FGTS e a multa fundiária, as indenizações de licença prêmio não gozadas, as verbas rescisórias, participação nos lucros, comissões e abonos, assim como outras verbas que possuam natureza eventual ou aleatória, de caráter personalíssimo, que não se incorporam ao salário, e por isso, não integram a base de cálculo da verba alimentar.

Assim, a r. sentença é reformada apelas para alterar a base de cálculo dos alimentos fixados na hipótese de vínculo formal de trabalho, nos termos acima explicitados, mantida a proporção de 1/3, bem como o dever de manutenção dos menores como dependentes do genitor no plano de saúde ofertado por sua empregadora.

Fica mantida a distribuição da sucumbência.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1041770-88.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes SAIPH INCORPORADORA LTDA e ALDEBARAN INCORPORADORA LTDA., são apelados LEANDRO REALE PEREZ e PATRICIA CIPRIANO GILENO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator,

Acesso ao Sumário

que integra este acórdão. **(Voto nº 31.195)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente sem voto), EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE e JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA.

São Paulo, 6 de novembro de 2018.

PERCIVAL NOGUEIRA, Relator

Ementa: PRELIMINAR - Ilegitimidade passiva - Inocorrência - Alegação de que em razão da assinatura do contrato de cessão, inexistente qualquer vínculo entre as partes - Inadmissibilidade - Possibilidade de discussão no período em que vigente o contrato - Defesa processual afastada.

REPETIÇÃO DE INDÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS (LUCROS CESSANTES) - Ação julgada parcialmente procedente - Aplicação das normas insertas no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) - Admissibilidade - Partes que se enquadram nas definições dos artigos 2º e 3º da referida lei - Alegação das rés de que a demora na entrega da obra se deu por motivo de caso fortuito externo, a afastar a responsabilidade pelo atraso - Inadmissibilidade - Excludente da culpa não comprovada - Descumprimento contratual por parte das rés devidamente caracterizado - Aplicação da Súmula nº 161: "Não constitui hipótese de caso fortuito ou de força maior, a ocorrência de chuvas em excesso, falta de mão de obra, aquecimento do mercado, embargo do empreendimento ou, ainda, entraves administrativos. Essas justificativas encerram "res inter alios acta" em relação ao compromissário adquirente" - EXPEDIÇÃO DO "HABITE-SE" - Data que não pode ser considerada como de entrega do bem, por se tratar de procedimento administrativo - Aplicação da Súmula nº 160, do STF: "A expedição do habite-se, quando não coincidir com a imediata disponibilização física do imóvel ao promitente comprador, não afasta a mora contratual atribuída à vendedora" - CLÁUSULA PREVENDO PRAZO DE TOLERÂNCIA DE 180 DIAS - Validade - Não

Acesso ao Sumário

pode ser desconsiderado o prazo de cento e oitenta dias previsto no contrato como tolerância para a conclusão da obra - Prazo, ademais, usual no segmento imobiliário - Aplicação da Súmula 164, do STF: "É valido o prazo de tolerância não superior a cento e oitenta dias, para entrega de imóvel em construção, estabelecido no compromisso de venda e compra, desde que previsto em cláusula contratual expressa, clara e inteligível" - INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES - Alegação de que os danos não foram comprovados - Inocorrência - Perda financeira, suportada indevidamente pelos consumidores - Aplicação da Súmula nº 162, do STF: "Descumprido o prazo para a entrega do imóvel objeto do compromisso de venda e compra, é cabível a condenação da vendedora por lucros cessantes, havendo a presunção de prejuízo do adquirente, independentemente da finalidade do negócio" - TAXA DE CORRETAGEM E DE ASSESSORIA TÉCNICO-IMOBILIÁRIA (SATI) - Restituição de valores - Inadmissibilidade - Pagamentos efetuados em 2008 - Ação ajuizada em 2016 - Pretensão que foi atingida pelo fenômeno da prescrição - Posicionamento do STJ ao analisar a matéria em Recurso Repetitivo que definiu que o prazo prescricional para ajuizamento de ações que questionem a abusividade nas cobranças relativas à comissão de corretagem e taxa de assessoria técnico- imobiliária (SATI) é de três anos - Sentença reformada, neste particular - Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação (fls. 273/292) interposto pelas empresas Saiph Incorporadora Ltda. e Aldebaran Incorporadora Ltda. contra a *r*. sentença de fls. 252/262, declarada às fls. 270, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente a ação de repetição de indébito c/c indenização por danos morais e materiais (lucros cessantes) ajuizada por Leandro Reale Perez e Patrícia Cipriano Gileno, nos seguintes termos: "*Diante de todo o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a presente ação em face das rés SAIPH e ALDEBARAN para: a) CONDENAR as rés SAIPH e ALDEBARAN a pagarem à parte autora, a título de danos materiais, o correspondente a 0,5%*

ao mês, incidente sobre o valor do contrato, durante o período do noticiado atraso (de 04.02.2011 até a data de expedição do habite-se, 04.11.2011), valor que deverá ser devidamente atualizado pela Tabela Prática com acréscimo de juros de mora de 1% ao mês, devidos a partir da citação; b) CONDENAR as rés SAIPH e ALDEBARAN a restituir à parte autora as quantias efetiva e comprovadamente despendidas a título de taxa SATI, atualizadas a partir dos respectivos desembolsos e com incidência de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação; Por consequência, JULGO EXTINTO o feito em face da rés em questão, com resolução de mérito, com fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil. JULGO EXTINTO o processo, sem resolução de mérito, em relação à ré PDG Realty, em razão da ilegitimidade de parte, nos termos do art. 485, VI, do CPC. Em razão da sucumbência recíproca e por força do disposto nos artigos 82, § 2º, 84, 85, § 14, e 86, todos do Código de Processo Civil, os autores arcarão com 66% e as rés SAIPH e ALBEBARAN com 34% das despesas processuais. Com relação aos honorários advocatícios, ressalvada eventual justiça gratuita, tendo em vista o disposto no artigo 85, § 14, do Código de Processo Civil, condeno a parte autora a pagar ao advogado das rés honorários advocatícios que fixo em 10% sobre 2/3 do valor atualizado da causa e os rés SAIPH e ALDEBARAN a pagar ao advogado dos autores honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor da condenação atualizado, observado o disposto no §16 do artigo 85 do Código de Processo Civil e em atendimento aos parâmetros delineados nos incisos I a IV do parágrafo 2º do artigo 85 também do Código de Processo Civil. P.R.I.C.".

Opostos embargos de declaração pelas rés (fls. 266/269), foi o recurso acolhido, para constar no dispositivo da sentença, a seguinte redação: "*Vistos. Fls. 266/269: Verifico a presença do vício indicado pela parte (omissão), pois de fato, a decisão deixou de resolver questão suscitada. Diante do exposto, acolho os embargos para suprir a omissão havida e apreciar a questão para esclarecer que, quanto aos honorários advocatícios, condeno a parte autora a pagar ao advogado das ré PDG Realty S/A Empreendimentos e Participações, que fixo em 10% sobre 1/3 do valor atualizado da causa, tendo em vista serem 3 réus. Intime-se.*" (fls. 270).

Preliminarmente, pretendem as apelantes a anulação do *r*. julgado e diante do reconhecimento da ilegitimidade ativa, em razão da assinatura do contrato de cessão em 2012. Assim, deve ser a ação ser extinta, sem resolução do mérito, com fundamento no inciso VI, do art. 485, do Novo Código de Processo Civil. Ainda em preliminar, aponta a ocorrência da prescrição, por trata-se de pretensão de ressarcimento por enriquecimento sem causa, com valores pagos em 2008, devendo ser observado o quanto disposto no inciso IV, do § 3º, do art. 206, do Código Civil, conforme já pacificado pelo REsp nº 1.551.956/SP.

No mérito, buscam a reforma da *r*. sentença, com a improcedência total da ação, aduzindo, em suma, que o contrato de compromisso de venda e compra está constituído por cláusulas válidas e que devem prevalecer por

força do princípio do *pacta sunt servanda*, não havendo qualquer ilegalidade, abusividade ou onerosidade em seu conteúdo, com o qual o contratante concordou plenamente, sem imposição de qualquer ressalva, inclusive com relação às taxas de corretagem e SATI.

Ressaltam que não deram causa a reprogramação da data da conclusão do empreendimento, que ocorreu por motivos alheios às suas vontades, ou seja, diante da escassez de mão-de-obra qualificada no ramo da construção civil e o excesso de chuvas no período, tudo a caracterizar caso fortuito externo e afastar a responsabilidade por qualquer demora.

Quanto à indenização por lucros cessantes, entendem incabível sua fixação, uma vez que restou claro que o imóvel seria adquirido para fins de moradia e não para auferir lucros, além do que em nenhum momento foram comprovados os prejuízos apontados, sejam eles materiais ou morais.

Se diverso o entendimento, requerem a redução do percentual de 0,3% sobre o valor constante do contrato celebrado entre as partes e não sobre o valor de mercado do imóvel, a título de danos materiais (lucros cessantes), com incidência no período compreendido entre o término do prazo de tolerância e a data da expedição do "Habite- se".

Recurso tempestivo, devidamente preparado (fls. 293) e recebido em seus regulares efeitos (art. 1.012, *caput*, do NCPC). Conforme certificado às fls. 298, não foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

Inicialmente, analiso as preliminares.

Sem razão as recorrentes com relação a ilegitimidade ativa dos autores da demanda. Isto porque, como bem observado pelo *d*. magistrado sentenciante, "*A cessão dos direitos, ainda que ocorrida, não retira da esfera jurídica dos autores a possibilidade de discutir a relação jurídica enquanto ela vigorou para si e em relação aos danos que podem ter advindo da relação nesse período*".

No que tange à prescrição quanto à devolução do pagamento efetuado a título de taxa de serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), assinalo que em decisão proferida na medida cautelar nº 25.323/SP, que estendeu os efeitos da afetação do Recurso Especial Repetitivo nº 1.551.956/SP, com relação ao seguinte tema: "validade da cláusula contratual que transfere ao consumidor a obrigação de pagar comissão de corretagem e taxa de assessoria técnico- imobiliária (SATI)", a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu que é válida a cláusula contratual que transfere ao consumidor a obrigação de pagar comissão de corretagem na venda de imóveis, desde que a previsão desse encargo seja informada de forma prévia e explícita ao adquirente.

No mesmo julgamento, o relator entendeu ser abusivo impor ao comprador

Acesso ao Sumário

o pagamento da taxa referente a serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), *além do que ficou definido que o prazo prescricional para ajuizamento de ações que versem sobre devolução de ambas as taxas, é de três anos.*

Deste modo, de se reconhecer a prescrição do direito de ação dos autores com relação à devolução pretendida, posto que a demanda foi ajuizada em 2016, com vistas a reaver valores pagos em 2008.

Quanto, ao mérito, primeiramente, cumpre anotar que com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, a estrita aplicação do princípio da *pacta sunt servanda* foi mitigado. As partes se enquadram nas definições dos artigos 2º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor e a aplicação de tal legislação tem cunho protetivo. Assim, caracterizada a relação de consumo, é de se analisar as cláusulas estatutárias sob a ótica de eventual abusividade, nos termos da Lei nº 8.078/90.

As partes entabularam "Compromisso de Venda e Compra de Unidade Autônoma e Outros Pactos" em 31.07.2008, tendo por objeto uma unidade habitacional pertencente ao empreendimento denominado "Condomínio Vide Campo Belo - Edifício Tamoios - Torre 1", localizado em São Paulo/SP, conforme preço e demais condições discriminadas no quadro resumo de fls. 42/46 e em suas demais cláusulas (fls. 47/68). Diante da demora na entrega da obra, consiste o pedido na fixação de indenização por danos morais e matérias (lucros cessantes), além da devolução das taxas de corretagem e de serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI).

Conforme se verifica no item 9.1.1, do Capítulo IX do contrato, a data prevista para a entrega das chaves era aquela de trinta e seis meses após o registro da incorporação do empreendimento, ficando avençada a concordância quanto à tolerância de até cento e oitenta dias, prevista no item 9.1.2 (fls. 56). A incorporação imobiliária foi devidamente registrada em 04.09.2007 (cf. alínea "b", do item 5.9, do Capítulo V - fls. 49).

Assim, adicionado os cento e oitenta dias de tolerância, o prazo limite para a entrega da obra passou a ser o mês de março de 2011, o que não ocorreu, não encontrando qualquer respaldo as alegações das apeladas de que a demora na entrega da obra ocorreu por motivos alheios às suas vontades.

Neste ponto de se anotar que, sendo as recorrentes empresas renomadas no âmbito da construção civil e assumindo a responsabilidade na realização de tão vultoso empreendimento, deveriam se precaver quanto aos riscos inerentes à própria execução do quanto acordado, aí se incluindo a disponibilização de mão-de-obra e materiais de construção que seriam utilizados até a conclusão do empreendimento, assinalando que o prazo de tolerância de cento e oitenta dias é suficiente para resolução de qualquer imprevisto. Aqui, aplicável o entendimento emanado na Súmula nº 161, do seguinte teor: "*Não constitui hipótese de caso*

Acesso ao Sumário

fortuito ou de força maior, a ocorrência de chuvas em excesso, falta de mão de obra, aquecimento do mercado, embargo do empreendimento ou, ainda, entraves administrativos. Essas justificativas encerram "res inter alios acta" em relação ao compromissário adquirente".

Neste ponto, ressalto que a cláusula de tolerância para a entrega do imóvel não é abusiva.

Isto porque está redigida de forma clara, permitindo aos contratantes o conhecimento prévio sobre sua incidência, o que não se permite, porém, é o extravasamento deste prazo. Além disso, o **STJ** editou a seguinte súmula, com relação à matéria aqui discutida: "**Súmula 164** - *É valido o prazo de tolerância não superior a cento e oitenta dias, para entrega de imóvel em construção, estabelecido no compromisso de venda e compra, desde que previsto em cláusula contratual expressa, clara e inteligível*".

Confira-se jurisprudência nesse sentido:

Aquisição de imóvel em construção. Atraso na entrega da obra. Legitimidade passiva caracterizada. Corré Tecnisa participara regularmente da relação negocial. Aspecto consumerista se faz presente. ***Prazo de tolerância de 180 dias tem validade e eficácia, pois leva em consideração as vicissitudes da construção civil****. Conversão do INCC para o IGPM após a data de entrega das chaves, com o acréscimo contratual, deve sobressair, pois não se trata de pena, mas, somente, observância da expressão numérica da moeda. Juros de mora afastados no período de atraso, porquanto a autora não dera motivo para tanto. Perdas e danos correspondentes a 0,5% ao mês do valor pago se apresentam adequados, haja vista o polo ativo ficar impossibilitado de usufruir do bem no lapso cronológico pertinente. Pretensa desvalorização do imóvel não tivera efetiva demonstração, portanto, sem respaldo a indenização. Devolução de valores abrangendo diferença de INCC e IGPM e juros de mora no período de atraso, de forma simples, apto a preponderar. Danos morais ausentes. Caso em exame tem aspecto estritamente negocial. Susceptibilidade exacerbada da requerente é insuficiente para tanto. Apelo das rés provido em parte. Recurso da autora desprovido*. (ApCiv nº 0204742-61.2012.8.26.0100 - Comarca de São Paulo - 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo - Rel. Des. Natan Zelinschi Arruda - j. 11.08.2016 - v.u.) - destaquei

Compra e venda de bem imóvel - ***Cláusula que estabelece prazo de 180 dias em favor da construtora para a conclusão da obra - Validade - Possibilidade de prorrogação do prazo desde que a cláusula esteja expressamente prevista no contrato*** *- Inadimplemento dos autores que teve início quando ainda não havia decorrido o prazo de tolerância para a entrega do imóvel - Impossibilidade de fixação de lucros cessantes em favor dos compradores - Sentença de parcial procedência - Reforma - Recurso provido.* (ApCív nº 1006000-29.2014.8.26.0577 - Comarca: São José dos Campos - 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça

de São Paulo - Rel. Des. Márcia Dalla Déa Barone - j. 12.08.2016 - v.u.) - destaquei

*COMPRA E VENDA E INDENIZATÓRIA - Atraso na entrega da obra - Procedência parcial dos pedidos - Inconformismo de ambas as partes - Acolhimento em parte do recurso dos autores - Lucros cessantes - Prejuízo presumido - Condenação da ré no pagamento de 0,5% ao mês (meio por cento) sobre o valor do bem - Aplicação do disposto no art. 252 do RITJSP quanto aos demais temas - **Validade da cláusula de tolerância de 180 dias** - Afastamento da cláusula penal prevista somente contra o consumidor - Impossibilidade de devolução em dobro do valor da correção monetária aplicada no período da mora - Inteligência das Súmulas 159, 161 e 162 deste Egrégio Tribunal - Sentença parcialmente reformada. Recurso dos autores provido em parte e recurso da ré desprovido.* (ApCív nº 0017247-53.2012.8.26.0008 - Comarca: São Paulo - 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo - Rel. Des. J.L. Mônaco da Silva - j. 10.08.2016 - v.u.) - destaquei

*Compra e venda - Atraso na entrega do imóvel - **Cláusula de tolerância de 180 dias - Validade (Súmula 164 do TJSP)** - Taxa de interveniência - Imposição de financiamento com instituição vinculada à incorporadora que tolhe o direito de escolha do consumidor, configurando venda casada vedada pelo ordenamento jurídico - Devolução devida - Precedentes deste Tribunal de Justiça - Recurso parcialmente provido.* (ApCív nº 1000682-13.2015.8.26.0292 - Comarca: Jacareí - 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo - Rel. Des. Luiz Antonio Costa - j. 12.08.2016 - v.u.) - destaquei

Nem se alegue que deva ser considerada como entrega a data de expedição do "Habite-se", porque se trata de *procedimento administrativo*, não havendo liberação do imóvel em favor dos compradores naquela data.

A dirimir qualquer questão com relação a este tema, por este **Tribunal de Justiça/SP**, foi editada a ***Súmula nº 160***, com o seguinte teor: "*A expedição do habite-se, quando não coincidir com a imediata disponibilização física do imóvel ao promitente comprador, não afasta a mora contratual atribuída à vendedora*".

Assim, correta a fixação de indenização a título de lucros cessantes, atento à redação dada pelo **STF** para regularização da matéria, nos seguintes termos: "***Súmula 162** - Descumprido o prazo para a entrega do imóvel objeto do compromisso de venda e compra, é cabível a condenação da vendedora por lucros cessantes, havendo a presunção de prejuízo do adquirente, independentemente da finalidade do negócio*".

Correto, também o percentual aplicado, conforme jurisprudência dominante. Confira-se:

COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA. RESTITUIÇÃO DE COMISSÃO DE CORRETAGEM E TAXA SATI. Ação ajuizada pela adquirente em face das vendedoras e da construtora ante o atraso na

Acesso ao Sumário

entrega do imóvel e pagamento de comissão de corretagem e Taxa SATI. Sentença de parcial procedência. Apelos das requeridas. 1. Abusividade de posterior alteração do prazo de entrega do imóvel prevista em contrato de financiamento firmado com a Caixa Econômica Federal. Prazo fixado no compromisso de compra e venda que deve prevalecer tal como determinado pela r. sentença. 2. Lucros cessantes. Presunção pela não utilização do imóvel. Súmula nº 162 do TJSP. ***Percentual de 0,5% sobre o valor do contrato, atualizado, por mês de atraso****. 3. Comissão de Corretagem e Taxa SATI. Preliminar de ilegitimidade passiva da ré. E. STJ firmou entendimento, em regime de recursos repetitivos, pela "Legitimidade passiva 'ad causam' da incorporadora, na condição de promitente- vendedora, para responder a demanda em que é pleiteada pelo promitente-comprador a restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem e de taxa de assessoria técnico-imobiliária, alegando-se prática abusiva na transferência desses encargos ao consumidor" (REsp 1551968/SP e REsp 1551951/SP - Tema 939). Preliminar afastada. 4. Prescrição. E. STJ firmou entendimento, em regime de recursos repetitivos, pela "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)" (REsp 1551956/SP - Tema 938). Ação ajuizada após mais de três anos da celebração do negócio e pagamento das quantias. Prescrição da pretensão reconhecida. 5. Recursos parcialmente providos.* (ApCív nº 1017020-75.2014.8.26.0008 - Relator(a): Mary Grün; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 02/06/2017; Data de registro: 02/06/2017) - destaquei

COMPRA E VENDA. Rés que não negam o inadimplemento que lhes é atribuído, mas se limitam a alegar a ocorrência de fatos que excluem sua responsabilidade - Fatos narrados que constituem fortuito interno, inerente à atividade econômica das rés - Atraso na entrega do imóvel - Inadimplemento configurado - Pretensão dos autores à condenação das rés ao pagamento de lucros cessantes - Lucros cessantes que visam a compensar os prejuízos presumidos que os autores sofreram pela impossibilidade de fruição do bem adquirido - ***Fixação no patamar de 0,5% ao mês sobre o valor atualizado do imóvel que se demonstra adequado ao caso*** *- Juros no pé indevidos, antes da entrega do imóvel - Sentença reformada. RECURSO PROVIDO.* (Relator(a): Fábio Podestá; Comarca: Taubaté; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 02/06/2017; Data de registro: 02/06/2017) - destaquei

INDENIZAÇÃO - Compromisso de compra e venda de imóvel - Demora na entrega da unidade - Prazo certo fixado para conclusão do empreendimento e entrega ao comprador, não observado - Prazo de tolerância - Ausente irresignação dos autores quanto à sua adoção - Manutenção - Prazo de entrega, de qualquer forma, excedido - Não

Acesso ao Sumário

caracterização de ocorrência de força maior ou caso fortuito - Condições apontadas a revelar falta de regular previsão - Mora caracterizada - Obrigação da ré de indenizar os compradores por perdas e danos pelo período da mora na entrega da unidade, pela simples indisponibilidade do bem, que independe da destinação de seu uso, a partir do término do prazo de tolerância até a efetiva entrega das chaves - Súmulas 160 e 162 deste Egrégio Tribunal - ***Fixação em valor mensal correspondente a 0,5% sobre o valor do contrato, atualizado pela Tabela Prática deste Tribunal, incidindo juros de mora de 1% ao mês desde a citação*** *- Razoabilidade - Despesas com taxas condominiais anteriores à entrega das chaves - Período em que a posse é exercida pela empreendedora - Ressarcimento devido - Sentença confirmada - RECURSO NÃO PROVIDO*. (ApCív nº 1010040-58.2016.8.26.0068 - Relator(a): Elcio Trujillo; Comarca: Barueri; Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 30/05/2017; Data de registro: 31/05/2017) - destaquei

Compromisso de venda e compra - Atraso na entrega da unidade autônoma configurado - Preliminar de falta de interesse de agir afastada - Quitação genérica no termo de entrega das chaves que não afasta o interesse do autor de reclamar prejuízos decorrentes do atraso - Prazo de tolerância para a entrega das obras válido, contudo, não observado pelas rés - Caso fortuito - Inocorrência - Súmula 161 deste Egrégio Tribunal de Justiça - Lucros cessantes reconhecidos pela privação do uso e fruição do imóvel - ***Indenização que deve ser fixada em 0,5% sobre o valor do contrato, por mês de atraso, o que reflete o valor locativo do imóvel, computado desde a data em que o imóvel deveria ter sido entregue, acrescida do prazo de tolerância, até a efetiva entrega das chaves*** *- Precedentes - Danos morais não configurados - Mero inadimplemento contratual sem ocorrência de situação excepcional a violar direito de personalidade - Manutenção da R. Sentença. Dá-se provimento em parte ao recurso.* (ApCiv nº 1004209-56.2014.8.26.0114 - Relator(a): Christine Santini; Comarca: Campinas; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 31/05/2017; Data de registro: 31/05/2017) - destaquei

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - Comissão de Corretagem e taxa SATI - Prescrição trienal - Ocorrência - Relação de Consumo - Atraso na entrega da obra - Prazo de tolerância - Validade - Lucros Cessantes - São devidos lucros cessantes independentemente da valorização que sofreu o imóvel, ou da destinação que se pretendia dar ao bem, para uso próprio, locação ou comodato, e que não foi possível, unicamente pela privação da coisa, no período da mora - Presunção do dano - Valor dos aluguéis - ***Fixação em 0.5% sobre o valor atualizado do contrato*** *- Deve-se considerar a obra concluída na data da efetiva entrega das chaves, pela mora não poder ser atribuída com exclusividade ao autor - Dano moral não caracterizado - Aplicação das Súmulas n. 160, 161 e 162 do*

Acesso ao Sumário

TJSP - Recurso provido em parte. (ApCív nº 1038758-37.2014.8.26.0100 - Relator(a): Alcides Leopoldo e Silva Júnior; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 30/05/2017; Data de registro: 30/05/2017) - destaquei.

Portanto, pelo exposto, meu voto é pelo **provimento parcial do recurso de apelação para, reformando em parte a sentença, afastar a devolução dos valores pagos a título de taxa de serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), reconhecendo sua prescrição, atento à tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Repetitivo (Tema 938); mantida, no mais, a *r.* sentença guerreada.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1023170-19.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que, são apelados PHILIPS DO BRASIL LTDA., AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL e EMMA CEPEDANO FERNANDEZ VEIGA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.616)**

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

São Paulo, 8 de novembro de 2018.

THEODURETO CAMARGO, Relator

Ementa: ILEGITIMIDADE PASSIVA - EMPREGADORA QUE, ASSIM COMO O BENEFICIÁRIO DO PLANO DE SAÚDE, TÊM LEGITIMIDADE PARA ACIONAR DIRETAMENTE A OPERADORA - EXEGESE DA SÚMULA 101 DO TJSP

PLANO DE SAÚDE COLETIVO - REAJUSTES POR SINISTRALIDADE - ÔNUS DAS RÉS DE COMPROVAR A ORIGEM DOS RESPECTIVOS AUMENTOS - REGRA PREVISTA NO ART. 333, II, DO CPC1973, REPRODUZIDA NO ART. 373,

Acesso ao Sumário

II, DO CPC2015 - POSSIBILIDADE EM TESE DE REAJUSTES POR SINISTRALIDADE E VARIAÇÃO DOS CUSTOS MÉDICOS HOSPITALARES, POIS TÊM O ESCOPO DE MANTER O EQUILÍBRIO DO CONTRATO - ABUSIVIDADE, PORÉM, DOS ÍNDICES UTILIZADOS NO CASO CONCRETO, EM VIRTUDE DA ABSOLUTA AUSÊNCIA DE PROVA NÃO SÓ DO INCREMENTO DA SINISTRALIDADE MAS TAMBÉM DO AUMENTO DOS CUSTOS MÉDICO-HOSPITALARES - - A ABUSIVIDADE DO PORCENTUAL DE REAJUSTE E NÃO DA CLÁUSULA QUE DISCIPLINA A SINISTRALIDADE EM SI - DEVIDA A INCIDÊNCIA DOS ÍNDICES PREVISTOS PELA ANS PARA OS PLANOS INDIVIDUAIS E FAMILIARES, NOS MOLDES DETERMINADOS PELO MM. JUIZ DE PRIMEIRO GRAU, COM A RESSALVA DE QUE A RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS A MAIS DEVERÁ OBSERVAR A PRESCRIÇÃO TRIENAL - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA RECURSOS DE AMBAS AS RÉS PARCIALMENTE PROVIDOS.

VOTO

Cuida-se de apelações interpostas contra a r. sentença de fls. 457/462, que julgou procedentes os pedidos para (i) declarar nulas as cláusulas que estipulem a majoração da mensalidade do plano de saúde em razão do aumento da sinistralidade, bem como nulos os reajustes aplicados pela ré a partir de fevereiro de 2013; (ii) condenar as rés na obrigação de fazer consistente no recálculo do valor da mensalidade, adotando-se o valor praticado no mês de janeiro de 2013, acrescido apenas de aumentos pelos índices oficiais anuais da ANS, com emissão de novos boletos para pagamento; (iii) condenar a corré Amil na obrigação de ressarcir os valores pagos a maior pela autora em desconformidade com o supra determinado, a partir de fevereiro de 2013, corrigidos monetariamente desde a data do desembolso pela Tabela Prática do TJSP e acrescidos de juros moratórios legais de 1% ao mês desde a data da citação, devendo a quantia ser apurada em fase de cumprimento de sentença. Em razão da sucumbência, condenou ambas as rés nas custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% do valor da condenação.

Irresignada a Philips do Brasil Ltda. apela pugnando pela reforma da decisão. Sustenta, preliminarmente, a prescrição ânua. Afirma que o plano de saúde é coletivo; os reajustes em razão do aumento da sinistralidade não são

Acesso ao Sumário

abusivos, mas necessários para manter o equilíbrio do contrato (fls. 464/480).

A Amil Assistência Médica Internacional S.A. também recorre arguindo preliminarmente a ilegitimidade passiva. No mérito, alega prescrição ânua; legalidade dos reajustes em razão da elevação dos custos básicos do plano de saúde; inexistência de abusividade ou onerosidade no contrato; que a restituição dos valores pagos é indevida. Pede a reforma da r. decisão e, subsidiariamente, que a restituição dos reajustes seja a partir da sentença; a fixação de um percentual mínimo para o reajuste com base na sinistralidade e a redução da verba honorária (fls. 484/506).

Comprovados os recolhimentos dos preparos (fls. 481/482 e 507/508), os recursos foram recebidos nos efeitos devolutivo e suspensivo.

Contrarrazões às fls. 512/519.

Por fim, não houve oposição ao julgamento virtual do recurso (fls. 522).

É o relatório.

1.- DOS LIMITES DA CONTROVÉRSIA - Discute-se se os reajustes em razão do aumento de sinistralidade ocorridos no plano de saúde empresarial são ou não abusivos.

2.- SÍNTESE DA DEMANDA - A autora é viúva de ex-funcionário aposentado da empresa Philips do Brasil Ltda. e beneficiária do plano de saúde coletivo empresarial operado pela Amil.

Foram aplicados reajustes de 38,68%, 35,08%, 50,17% e 50% de fevereiro de 2013 a meados de 2015 com base no índice de sinistralidade.

Contra esses reajustes a apelada se insurge sob a alegação de que seriam abusivos e ilegais.

O MM. Juiz de primeiro grau julgou procedentes os pedidos.

3.- DA PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA - A preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela correquerida Amil não merece prosperar.

A esse respeito, a Súmula 101 desta Corte assim dispõe: "O beneficiário do plano de saúde tem legitimidade para acionar diretamente a operadora mesmo que a contratação tenha sido firmada por seu empregador ou associação de classe."

4.- DA PRESCRIÇÃO - Afasta-se, também, a alegação de prescrição ânua alegada pelas requeridas.

Sobre o tema, o E. STJ, no julgamento do REsp 1.360.969/RS e do REsp 1.361.182/RS, e para os efeitos do art. 1.036 do CPC, consolidou o entendimento de que incide o prazo trienal previsto no art. 206 § 3º, IV, do CC, para a pretensão condenatória decorrente da declaração de nulidade de cláusula de reajuste prevista em contrato de plano de saúde.

No caso, verifica-se que a autora se insurgiu contra as mudanças ocorridas

Acesso ao Sumário

em 2013 e 2015 e que a ação foi ajuizada em 2016.

Portanto, fica expressamente afastada a prejudicial de mérito alegada pelas requeridas no que tange ao pedido de acolhimento de prescrição ânua, devendo ser observada, no entanto, a prescrição trienal.

5. - DO MÉRITO - Os recursos serão analisados em conjunto.

De início, ressalte-se que a simples previsão de reajustes do prêmio em virtude da variação dos custos médico-hospitalares e da sinistralidade não é em si abusiva e abstratamente leonina, pois visa apenas à manutenção do equilíbrio contratual.

Evidente que os contratos coletivos, tanto quanto os individuais e familiares, são protegidos pelas regras do CDC, especialmente dos arts. 51, X, que veda o aumento unilateral de preços, e do art. 6º, V, que permite a revisão do contrato em razão de fatos supervenientes que o tornem excessivamente oneroso, quebrando a base do negócio jurídico.

De outro lado, não há como desvincular o preço do contrato ao índice de sinistralidade e dos custos médicos da prestação de serviço.

Ainda assim, exige-se obediência a dois requisitos cogentes: (i) a transparência dos cálculos e possibilidade de sua aferição pelo consumidor; (ii) controle da onerosidade excessiva.

Assim, reitere-se que não há, em tese, abusividade na cláusula que prevê reajuste por sinistralidade, desde que justificados os percentuais aplicados.

No caso, não houve a comprovação dos motivos dos reajustes aplicados por parte das corrés - 38,68% (fev/2013), 35,08% (dez/2013), 50,17% (out/2015) e 50% (nov/2015) -, o que as desautoriza a realizar índice de sinistralidade nos moldes praticados, devendo ser adotado para o período os índices previstos pela ANS para os planos particulares e familiares conforme bem decidiu a r. sentença.

Isso porque a disposição contida na cláusula 21.1.4 do referido contrato, diz que "O reajuste também poderá incluir a variação do custo médico-hospitalar, apurada de acordo com a fórmula que segue e complementada pela relação custo/receita acordada em aditivo contratual: Ir = (Cons x P1) + (Ex x P2) + (Proc x P3) + (HM x P4) + (S x P5) + (DT x P6) + (MM x P7) + (DG x P8)".

Ora, ainda que, em tese, seja admissível o reajuste do valor da mensalidade nos termos contratados, não é possível saber se, na hipótese, os reajustes efetuados entre 2013 e 2015 decorreram, ou não, de cálculo baseado na complexa fórmula *supra* mencionada, nem tampouco se ela, de fato, reflete o modo correto de se buscar o reequilíbrio do contrato firmado entre as partes, mesmo porque a operadora não divulga as variáveis que integram a fórmula, violando, assim, o dever anexo de informação, em manifesto desrespeito à boa-fé objetiva.

Acesso ao Sumário

Por outro lado, as apelantes também deixaram de exibir os documentos relativos à majoração da sinistralidade ou o alegado aumento superior à inflação geral dos custos médicos e hospitalares no período de um ano.

Afinal, era ônus das rés, ora apelantes, demonstrar a origem ou como os aumentos foram compostos.

Não se deve perder de vista que os documentos médicos referentes à utilização do plano de saúde pelos beneficiários se encontram em poder da requerida. Exatamente por isso, somente ela poderia comprovar se realmente houve incremento na taxa de sinistralidade, ou aumento dos preços dos insumos médico-hospitalares, e em qual intensidade.

Em outras palavras, apesar da legalidade em abstrato da cláusula de reajuste, cabia à ré comprovar, com base em parâmetros e critérios objetivos, o aumento da sinistralidade e de seus custos a justificar a majoração do prêmio, informando, ainda, as variáveis que integram a fórmula matemática, conforme já observado.

Ante a ausência de provas, deve ser reconhecida a abusividade dos reajustes aplicados pelas rés/apelantes no período de 2013 a 2015, determinando-se a aplicação do índice da ANS para o período, e a restituição dos valores pagos a maior, de forma simples, respeitada a prescrição trienal.

Tendo em vista que o MM. Juiz de primeiro grau fixou os honorários no patamar máximo - 20% do valor da condenação - deixo de majorar os honorários sucumbenciais.

Por fim, para evitar futuros questionamentos desnecessários, tenho por expressamente ventilados, neste grau de jurisdição, todos os dispositivos legais e constitucionais citados em sede recursal.

6.- CONCLUSÃO - Daí por que se dá parcial provimento aos recursos, para afastar a declaração de nulidade das cláusulas, mantendo-se o reconhecimento da abusividade dos índices aplicados pelas rés/apelantes no período de 2013 a 2015, determinando-se a aplicação dos índices da ANS para o período, com a restituição dos valores pagos a maior, de forma simples, respeitada a prescrição trienal.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001643-71.2017.8.26.0101, da Comarca de Caçapava, em que é apelante A.P.F. (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados C.R.A., A.A.F. e G.A.F.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria deram provimento ao recurso, vencido o relator sorteado, acompanhado pelo 2º juiz, e aquele declarará. Acórdão com o 3º juiz. Observado o art. 942 do NCPC.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22114)**

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

São Paulo, 7 de novembro de 2018.

LUÍS MÁRIO GALBETTI, Relator Designado

Ementa: Exoneração de alimentos - Ação ajuizada pelo alimentante, sob o fundamento de maioridade das filhas e recebimento da aposentadoria pela ex-cônjuge - Ação improcedente - Decisão reformada - Filhas que possuem 25 e 27 anos de idade e já superaram a idade de 24 anos reconhecida pela jurisprudência como prorrogação da obrigação alimentar - Universitárias que já trabalham e podem prover ao sustento com esforço próprio, valendo registrar que não comprovaram desde quando ou até quando estariam cursando o ensino superior - Alimentos, ademais, que não foram fixados a título intuitu familiae e sim intuitu personae - Recurso provido.

VOTO

1. Adoto o relatório lançado nos autos:

"Recurso de Apelação interposto contra decisão que julgou improcedente Ação Exoneratória de Alimentos ajuizada pelo Apelante em face das Apeladas.

Apela o Autor, sustentando, em síntese, que a ex-esposa não necessita do recebimento de alimentos por estar aposentada junto ao INSS e exercer atividade laborativa e igualmente as filhas que, ainda que maiores e universitárias, trabalham e podem fazer frente ao próprio sustento.

Recurso respondido.

Comprovada a tempestividade e a litigância sob o abrigo da assistência judiciária gratuita, com base no disposto no art. 14, da Lei n. 5.478/68, recebo o recurso de Apelação somente no efeito devolutivo.

É o Relatório."

2. A exoneração da obrigação alimentar deve também alcançar as duas filhas do autor, que tem hoje 25 e 27 anos, respectivamente, nascidas em 1993 e 1991, pois já superada a idade de 24 anos, cuja jurisprudência acabou por reconhecer uma espécie de prorrogação à obrigação alimentar em casos de filhos que estivessem cursando nível superior.

As filhas já trabalham e não há nenhuma prova de maior necessidade, que já têm idade mais do que suficiente para trabalhar e sustentar, mesmo que ainda estejam estudando sendo certo que nem mesmo comprovaram desde quando ou até quando estariam cursando ensino superior.

De qualquer forma, ainda que não fosse para promover a exoneração imediata do pensionamento às filhas, os alimentos não foram fixados *intuitu familiae* (ver acordo de fl. 21), mas *intuitu personae*, de forma que a redução deveria ser um terço, fixando a nova pensão em 22% dos rendimentos líquidos do alimentante.

3. Ressalvando, portanto, a douta convicção do desembargador relator, ouso, desta vez, dele discordar, pois, segundo o meu voto, a hipótese é de **PROVIMENTO DO RECURSO**, para exonerar o autor da obrigação alimentar também em relação às filhas, invertida a sucumbência, condenadas as rés no pagamento das custas e despesas processuais fixados os honorários advocatícios em 10% do valor da causa.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 18/35331)

Em Recurso de Apelação interposto contra decisão que julgou improcedente Ação Exoneratória de Alimentos ajuizada pelo Apelante em face das Apeladas apresentei proposta de voto pelo parcial provimento, sendo vencido pela D. Maioria e, por isso, declaro o voto.

Em 1996, em sede de Ação de Separação, as partes se compuseram nos seguintes termos:

> "***6º - QUANTO A PENSÃO:*** *o separando contribuirá mensalmente para manutenção da separanda e das filhas com a quantia de 33% de seus vencimentos líquidos, exceto prêmios e horas extras, ficando a firma (...), situada na Rodovia Presidente Dutra, autorizada mediante desconto em folha de pagamento, e depósito em conta bancária determinada por esse Juízo.*" (grifei)

Acesso ao Sumário

Sob alegação de que constituiu nova família, bem como que as filhas atingiram a maioridade e estão empregadas, assim como a ex-cônjuge está aposentada e também exerce atividade laborativa, ajuizou o Apelante a presente, pretendendo exonerar-se do pagamento de pensão alimentícia.

Pois bem.

Verifica-se, a partir da análise ao acordo firmado entre as partes, que os alimentos foram fixados *intuitu familiae*, posto que definidos de forma global, não individualizando a proporção de cada beneficiário. Por esse motivo, a exoneração com relação a uma ou duas das beneficiadas não tem o condão de gerar, por si só, repercussão financeira na obrigação alimentar, devendo, para tanto, ser avaliada eventual alteração no binômio legal possibilidade/necessidade.

A pensão alimentícia faz coisa julgada apenas formal, o que viabiliza a revisão dos valores arbitrados desde que sobrevenha modificação no estado de fato ou de direito dos envolvidos; quer dizer "*havendo modificação superveniente das circunstâncias relativas às necessidades do alimentado e aos recursos do alimentante, poderá o interessado solicitar a intervenção judicial visando à alteração da sentença que fixou a prestação alimentar*". (Código Civil Comentado, coordenado pelo Ministro Cezar Peluso, 1ª ed., Editora Manole, pg. 1.671).

Essa regra jurídica é expressa em vários dispositivos legais, como o art. 1.699, do Código Civil, art. 15, da Lei n. 5.478/68, e art. 505, I, do Código de Processo Civil/15.

Importante ter-se como premissa, portanto, que situações estabelecidas por provimento jurisdicional ou por consenso entre as partes, homologadas judicialmente, devem persistir tal como criadas e devem ser cumpridas. Ou seja, a modificação dessas situações jurídicas é exceção e não regra.

É pacífico nesta Câmara o entendimento de que o implemento da maioridade pelos filhos não enseja, por si só, a exoneração da obrigação alimentar. Persistindo a necessidade e, igualmente, a possibilidade, permanece hígido o encargo, com fundamento no dever parental (art. 1.696, do Código Civil).

Acesso ao Sumário

A jurisprudência, atenta à realidade social, vem dilatando o prazo de vigência dos alimentos para além da maioridade, especialmente para atender as necessidades de educação do alimentado, a exemplo do disposto no art. 1.694, do Código Civil, parte final, culminando com a edição da Súmula n. 358, pelo E. Superior Tribunal de Justiça.

O C. Superior Tribunal de Justiça decide nesse sentido:

"*RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. MAIORIDADE. SÚMULA Nº 358/STJ. NECESSIDADE. PROVA.*

CONTRADITÓRIO.

1. O advento da maioridade não extingue, de forma automática, o direito à percepção de alimentos, os quais passam a ter fundamento nas relações de parentesco, em que se exige a prova da necessidade do alimentado, que não foi produzida no caso concreto.

2. Incumbe ao interessado, já maior de idade, nos próprios autos e com amplo contraditório, a comprovação de que não consegue prover a própria subsistência sem os alimentos ou, ainda, que frequenta curso técnico ou universitário.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e nesta parte provido para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem".

(REsp 1587280/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 13/05/2016)

"*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. MAIORIDADE. EXONERAÇÃO AUTOMÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. NECESSIDADE DO ALIMENTANDO. COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7/STJ.*

1. O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência no sentido de que a maioridade não extingue, de forma automática, o direito à percepção de alimentos, de modo que caberá ao alimentando demonstrar a sua necessidade. Precedentes. Súmula 83/STJ.

2. A tese defendida no recurso especial demanda o reexame do conjunto fático e probatório dos autos. Incidência da Súmula 7 do STJ.

3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento".

(EDcl no AREsp 395.510/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 28/10/2014)

Ocorre, então, que a presunção, antes absoluta, torna-se relativa, devendo o alimentando atender aos requisitos previstos expressamente nos art. 1.694 e 1.695, do Código Civil, fazendo-se um exame minucioso de cada caso concreto.

Ou seja: quando o filho é menor, a sua necessidade à percepção dos alimentos é presumida; com a maioridade, as necessidades deixam de ser presumidas e devem ser cabalmente demonstradas pelo alimentando.

No presente caso, as filhas do Apelante, ora Apeladas, apesar de terem atingido a maioridade, frequentam curso superior em universidade particular, não tendo o genitor logrado êxito na comprovação de que exercem atividade laborativa que lhes proporcione renda suficiente para fazer frente ao próprio sustento, integralmente.

Acesso ao Sumário

Com relação à ex-cônjuge, a situação é diversa.

Determina o art. 1.694, do Código Civil, que podem os parentes, cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos que necessitem para viver.

A regra é complementada pelo disposto no §1º: "*Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada*".

Deve-se, ainda, atentar para o disposto no art. 1.695, do mesmo *codex*: "***são devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria mantença****, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento*".

É certo que os alimentos entre cônjuges possuem caráter assistencial como decorrência de obrigação de auxílio mútuo. E a pensão alimentícia deve ter a finalidade de assegurar ao necessitado aquilo que é preciso para a sua manutenção, propiciando-lhe meios de subsistência.

No caso dos autos, entendo que a Apelada, ex-esposa do Apelante, não faz mais jus ao recebimento de alimentos.

A regra é a provisoriedade da obrigação alimentar devida ao ex-cônjuge, com vistas a se estimular a independência de vidas, somente se justificando a fixação de prazo indeterminado em caso de incapacidade permanente para o trabalho ou impossibilidade de reinserção no mercado de trabalho, o que não é o caso, já que a Apelada, inclusive, exerce atividade remunerada - além de auferir benefício previdenciário.

A Requerida já se beneficiou do auxílio financeiro de seu ex-cônjuge por longos 22 anos, tempo mais que suficiente para se restabelecer e poder agora, já reinserida no mercado de trabalho, seguir a vida sem o apoio financeiro do ex-cônjuge.

O C. STJ se manifesta no mesmo sentido:

"*RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. PERPETUIDADE. IMPOSSIBILIDADE. SOLIDARIEDADE. PARENTESCO. NOVO PEDIDO. FACULDADE.*

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. A regra é que a obrigação alimentar devida à ex-companheira seja provisória, fixando-se termo certo.

3. O fim da relação deve estimular a independência de vidas e não o ócio, pois não constitui garantia material perpétua, motivo pelo qual o pagamento de alimentos é regra excepcional que exige interpretação restritiva. 4. O ordenamento pátrio prevê o dever de solidariedade

Acesso ao Sumário

alimentar decorrente do parentesco (arts. 1.694 e 1.695 do Código Civil), facultando-se à alimentanda a possibilidade de formular novo pedido de alimentos direcionado a seus familiares, caso necessário.

5. Recurso especial não provido." (REsp 1704556/ES, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017)

"*RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. EXONERAÇÃO. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR PROLONGADA. EXTINÇÃO APÓS A PARTILHA. POSSIBILIDADE. BEM COMUM. USO PARTICULAR. INDENIZAÇÃO. SOLIDARIEDADE. PARENTESCO. NOVO PEDIDO. FACULDADE.*

1. Cinge-se a controvérsia a definir se é possível a fixação indefinida de alimentos a ex-companheira, que está inserida no mercado de trabalho. 2. O fim da relação deve estimular a independência de vidas e não o ócio, pois não constitui garantia material perpétua, razão pela qual o pagamento de alimentos é regra excepcional que desafia interpretação restritiva. 3. A obrigação que perdura por uma década retrata tempo suficiente e razoável para que a alimentanda possa se restabelecer e seguir a vida sem o apoio financeiro do ex-companheiro.

4. Aquele que utiliza exclusivamente o bem comum deve indenizar o outro, proporcionalmente, devendo tal circunstância ser considerada no que tange ao dever de prestação de alimentos.

5. O ordenamento pátrio prevê o dever de solidariedade alimentar decorrente do parentesco (arts. 1.694 e 1.695 do Código Civil), facultando-se à alimentanda a possibilidade de formular novo pedido de alimentos direcionado a seus familiares caso necessário.

6. Recurso especial provido."

(REsp 1688619/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 02/10/2017)

"*AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS DEVIDOS AO EX-CÔNJUGE. PEDIDO SUCESSIVO DE REVISÃO DE ALIMENTOS. BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. VALORAÇÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. DEVER EM PRESTAR ALIMENTOS AO EX-CÔNJUGE MANTIDO. AGRAVO NÃO PROVIDO.*

1. Nos termos da jurisprudência consolidada no STJ, os alimentos entre ex-cônjuges devem ser fixados, como regra, com termo certo, somente se justificando a manutenção por prazo indeterminado do pensionamento em face de situação excepcional, como a incapacidade permanente para o trabalho ou a impossibilidade de reinserção no mercado de trabalho.

Acesso ao Sumário

2. Pela valoração do contexto fático-probatório dos autos, mantém-se a decisão proferida na origem que julgou improcedente o pedido de exoneração de alimentos e acolheu o pedido de revisão.

3. Agravo interno desprovido."

(AgInt no AREsp 1036709/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 14/09/2017)

Diante de tal seara, entendo verificada alteração no binômio legal possibilidade/necessidade. O Autor, aposentado, está sendo onerado em demasia com o desconto dos alimentos no importe outrora acordado, ao passo que as filhas, maiores e universitárias, podem exercer atividade laborativa em período oposto ao de aulas, complementando, assim, sua renda.

Assim, afigura-se razoável a redução da pensão alimentícia para 25% dos rendimentos líquidos do Apelante.

Quanto aos honorários sucumbenciais, entendo que houve sucumbência recíproca. Assim, cada parte arcará com metade das custas e despesas processuais. Condeno o Apelante ao pagamento dos honorários advocatícios do patrono das Apeladas, que fixo em R$ 1.500,00, e condeno as Apeladas ao pagamento dos honorários advocatícios do patrono do Apelante que fixo, igualmente, em R$ 1.500,00, por apreciação equitativa.

É o meu voto.

LUIZ ANTONIO COSTA, Desembargador, Relator sorteado vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0317526-92.2009.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARILENE TOBIAS, é apelado CONDOMÍNIO RESIDENCIAL SANTANA PARK.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Retrataram o julgado de fls. 189/193, dando provimento ao apelo, para julgar procedentes os embargos de terceiro. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 3903)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores COSTA NETTO (Presidente), ANGELA LOPES e PIVA RODRIGUES.

São Paulo, 13 de novembro de 2018.

COSTA NETTO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RETRATAÇÃO. RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C, § 7º DO CPC. ACÓRDÃO PROFERIDO POR DESEMBARGADOR JÁ APOSENTADO. REQUISITOS PARA RECONHECIMENTO DE FRAUDE À EXECUÇÃO.

Recurso especial interposto pela parte e julgamento da questão controvertida pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 543-C do CPC, abrindo-se oportunidade para retratação do acórdão proferido - Entendimento firmado no julgamento do REsp. 956943/PR, no sentido de que para reconhecer a fraude à execução é necessário o registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente - Inexistindo registro da penhora na matrícula do imóvel, é do credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento de demanda capaz de levar o alienante à insolvência, sob pena de tornar-se letra morta o disposto no art. 659,§ 4º, do CPC. - Retratação do julgado, para dar provimento ao apelo, julgando procedentes os embargos de terceiro.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Marilene Tobias em face da r. sentença de fls. 132/134, proferida pelo MM. Juiz da 5ª Vara Cível do Foro Regional de Santana da Comarca de São Paulo, nos autos de embargos de terceiros, que julgou improcedentes os embargos opostos, condenando-a no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em R$ 500,00.

Apela a embargante alegando, em síntese, que a sentença julgou improcedentes os embargos opostos, ao reconhecer fraude à execução, fundamentando-se no fato de já haver julgado, neste sentido, em outra ação, da qual não foi parte, aduzindo que não há reconhecimento de má-fé da apelante, ocorrendo violação do artigo 472 do CPC/1973, vigente à época, além da súmula 375 do STJ.

Conclui que somente com o registro da penhora é que se pode presumir a má-fé do adquirente na fraude à execução, destacando que, no caso em tela, ausentes os pressupostos para tanto, quais sejam, registro de penhora anterior à aquisição do bem e má-fé da adquirente.

Alega que o termo de penhora foi lavrado em 07/05/2007, tendo a apelante adquirido o imóvel, objeto de constrição, por meio de escritura pública de venda

Acesso ao Sumário

e compra com pacto adjeto de hipoteca, em 11/08/1999, com **J.R.C Construtora e Incorporadora Ltda.**, levado o instrumento a registro em 25/08/1999, na matrícula nº 149.120 - REGISTRO nº 2, perante o 18º Cartório de Registro de Imóveis de São Paulo, tendo quitado todas as prestações que ensejaram a constituição de hipoteca em favor da alienante JRC Construtora e Incorporadora Ltda., esta, no entanto, não cumpriu obrigação de efetuar o levantamento da hipoteca registrada sob o nº 03 junto à referida matrícula. Aponta o artigo 1.245 do Código Civil.

Aduz a apelante exercer, em nome próprio, a posse do imóvel de forma justa, mansa e pacífica decorrente de justo título, suportando todas as despesas de manutenção e conservação relativas ao imóvel, reafirmando ter adquirido o imóvel de boa-fé e invocando o artigo 1.201 do Código Civil e que, inexistindo penhora registrada, é ônus do credor a prova da má-fé.

Destaca, ainda, que o fato a ser considerado para ciência da execução a terceiro é o registro da penhora na matrícula, nos termos do artigo 659, § 4º do Código de Processo Civil, não sendo possível supor que agiu de forma fraudulenta se não havia o mencionado registro.

Postula aplicação, ao apelado, da pena por litigância de má-fé, por requerer penhora sobre bem de propriedade e posse de terceiro.

Pleiteia a reforma da r. sentença, para: **i)** declarar que a sentença contrariou o artigo 472 do CPC; **ii)** declarar e afastar o decreto de fraude à execução; **iii)** declarar insubsistente e a desconstituição da penhora sobre o imóvel em questão; **iv)** reconhecer que a declaração de ineficácia de alienação do bem penhorado não produz efeitos em face da apelante, desconstituindo, assim, eventual registro ou averbação de mencionada declaração; **v)** declarar que a apelante é a legítima proprietária e possuidora do imóvel, sendo adquirente e possuidora; **vi)** determinar a expedição de mandado/ofício ao 18º Cartório de Registro de Imóveis de São Paulo, para cumprimento e **vii)** condenar o apelado por litigância de má-fé, nos termos do artigo 17, III e IV combinado com o artigo 18, *caput*, § 2º, ambos do Código de Processo civil, vigente à época e **viii)** condenar o apelado no pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

Recurso tempestivo e recebido em seus regulares efeitos.

Houve apresentação de contrarrazões às fls. 157/176.

Em sede de julgamento do recurso de apelação interposto, esta Câmara negou provimento ao recurso (fls.189/193), por acórdão relatado pelo Eminente Desembargador aposentado, Antonio Vilenilson.

Inconformada, a embargante interpôs recurso especial, sustentando que o acórdão recorrido teve interpretação divergente ao entendimento pacífico dos tribunais, argumentando, ainda, que a fraude à execução depende da intenção do

Acesso ao Sumário

devedor em frustrar o crédito pode meios "*obstativos*" à satisfação, circunstância ausente na espécie.

Julgado o recurso especial 956943/PR, no regime dos recursos repetitivos, tornam os autos a esta Câmara Julgadora, nos termos do artigo 543-C, § 7º, inciso II, do Código de Processo Civil.

É o relatório.

É de rigor a retratação do v. acórdão.

Em julgamento do REsp 956943/PR, para efeitos do artigo 543-C do Código de Processo Civil, o Superior Tribunal de Justiça consolidou as seguintes teses em fraude à execução envolvendo bens imóveis:

> PROCESSO CIVIL. RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC. FRAUDE DE EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. SÚMULA N. 375/STJ. CITAÇÃO VÁLIDA. NECESSIDADE. CIÊNCIA DE DEMANDA CAPAZ DE LEVAR O ALIENANTE À INSOLVÊNCIA. PROVA. ÔNUS DO CREDOR. REGISTRO DA PENHORA. ART. 659, § 4º, DO CPC. PRESUNÇÃO DE FRAUDE. ART. 615-A, § 3º, DO CPC.
>
> 1. Para fins do art. 543-c do CPC, firma-se a seguinte orientação:
>
> 1.1. **É indispensável citação válida para configuração da fraude de execução, ressalvada a hipótese prevista no § 3º do art. 615-A do CPC.**
>
> 1.2. **O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Súmula n. 375/STJ).**
>
> 1.3. **A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova.**
>
> 1.4. **Inexistindo registro da penhora na matrícula do imóvel, é do credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento de demanda capaz de levar o alienante à insolvência**, sob pena de tornar-se letra morta o disposto no art. 659, § 4º, do CPC.
>
> 1.5. **Conforme previsto no § 3º do art. 615-A do CPC, presume-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens realizada após a averbação referida no dispositivo.**
>
> 2. Para a solução do caso concreto:
>
> 2.1. Aplicação da tese firmada.
>
> 2.2. Recurso especial provido para se anular o acórdão recorrido e a sentença e, consequentemente, determinar o prosseguimento do processo para a realização da instrução processual na forma requerida pelos recorrentes. (REsp 956.943/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE

Acesso ao Sumário

ESPECIAL, julgado em 20/08/2014, DJe 01/12/2014) (**destacamos**)

No caso em apreço, conforme ressalvado pela apelante, tanto na peça exordial como em suas razões recursais, à época da escritura pública de compra e venda, 11/08/1999, com registro em 25/08/1999, não havia qualquer restrição ou ônus pendente sobre o referido imóvel registrado/averbado na competente matrícula, tampouco a penhora que ora se discute.

Superado este requisito, faz-se necessário analisar o caso quanto à boa-fé da adquirente.

Prevalece no direito brasileiro, como bem asseverou o eminente relator do acórdão, ministro João Otávio de Noronha, o entendimento de que "*A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova*."

Neste sentido, vale destacar o ensinamento de Humberto Theodoro Junior ("Curso de Direito Processual Civil", vol. II, 46ª ed., Rio de Janeiro, Forense, p. 196), citado pelo relator no REsp em comento[1]:

"(...)

Quando ainda não se consumou a constrição judicial sobre o bem, isto é, **enquanto não existir penhora, arresto ou sequestro, a fraude, nos termos do art. 593, II, dependerá de prova** do requisito objetivo: dano ou prejuízo decorrente da insolvência a que chegou o devedor com a alienação ou oneração de seus bens; e também, **do requisito subjetivo, se a ação pendente não estiver inscrita no registro público, caso em que caberá ao credor 'o ônus de provar que o terceiro tinha ciência da demanda em curso'." (destacamos)**

Portanto, ausente o registro da penhora ou de qualquer outro ônus sobre o imóvel em discussão, cabia ao credor, ora apelado, a comprovação de que a apelante agiu de má-fé ao adquirir o imóvel.

Destarte, ante a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça quanto aos requisitos para reconhecimento da fraude à execução, é caso de reconhecer a não ocorrência de fraude e dar provimento ao recurso para julgar procedentes os embargos de terceiro, reconhecendo a eficácia do negócio celebrado, e declarar a insubsistência da penhora.

Ante o exposto, retrata-se o decidido de fls. 189/193, para **dar provimento ao recurso** e julgar procedentes os embargos opostos por Marilene Tobias.

Acesso ao Sumário

1 (REsp 956.943/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/08/2014, DJe 01/12/2014).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006231-15.2017.8.26.0007, da Comarca de São Paulo, em que é apelante J.S.S. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado J.M.S.F. (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: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.213)**

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

São Paulo, 27 de novembro de 2018.

NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA, Relator

Ementa: Exoneração de alimentos proposta por genitor em face de filha maior - 20 anos. Ausência de frequência em curso superior. Defasagem escolar caracterizada. Encerramento da prestação alimentar em condições de sobressair. Apelante deve ir em busca do próprio sustento, pois não se identifica óbice para tanto. Incentivo ao ócio não pode prevalecer. Procedência da ação se apresenta adequada. Apelo desprovido.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta tempestivamente com base na r. sentença de págs. 147/151, que julgou procedente ação de exoneração de alimentos proposta por genitor em face de filha maior.

Alega a apelante que a sentença merece reforma, pois a sua situação econômica é precária, ressaltando que não tem o amor do pai, destacando, ainda, abandono afetivo e que depende do genitor para a sua sobrevivência. Expõe que com 20 anos ainda está no ensino médio, dando ênfase na dificuldade de obter o necessário, em um mundo tão cruel e sagaz, sem o auxílio paterno. Por último requer o provimento do apelo.

O recurso foi contra-arrazoado, rebatendo integralmente a pretensão da apelante, págs. 162/166.

É o relatório.

2. A r. sentença apelada merece ser mantida.

Versam os autos sobre ação de exoneração de alimentos proposta pelo pai

Acesso ao Sumário

em face da filha maior.

No caso, a apelante não apresentou fundamento específico que pudesse dar sequência à pensão alimentícia prestada pelo genitor, pois, com 20 anos de idade, sequer concluíra o curso médio, e nada consta de que estivesse frequentando regularmente estabelecimento de ensino, estando caracterizada a notória defasagem escolar.

Assim, com a maioridade, inclusive inexiste o poder parental, o que caracteriza estar a apelante em condições de ir em busca da sobrevivência digna, mesmo porque, não apresentou nenhum óbice que configurasse inaptidão física para regular exercício de atividade remuneratória.

Segundo escólio de Yussef Said Cahali:

"*O dever de sustento se extingue com a maioridade, ou mesmo com a emancipação do filho: ao romper-se o vínculo do pátrio poder cessam os efeitos pessoais do mesmo, entre os quais o dever de sustento do filho, e surge como única e autônoma a prestação legal de alimentos, condicionada agora, esta, ao estado de necessidade do filho e à possibilidade do genitor*." (Dos alimentos. 4ª edição. Editora Revista dos Tribunais. 2002. Págs. 528/529).

Em caso análogo, este E. Tribunal assim se posicionou:

"*Embargos infringentes. Alimentos. Revisional. Filha maior de idade. Limitação temporal da prestação a cargo do genitor a dezembro de 2012. Admissibilidade. Obrigação de viés absolutamente excepcional. Caso em que a displicência da embargante na condução de seus estudos superiores por mais de seis anos não pode servir-se à perpetuação do encargo imposto ao recorrido. Alimentada de 27 anos de idade, saudável, apta ao labor e que se acha matriculada em curso de período parcial, podendo prover seu próprio sustento. Decisão mantida. Embargos infringentes rejeitados.*" (Apelação Cível n.º 0.404.070-98.2009.8.26.0577. Relator Des. Vito Guglielmi. Sexta Câmara de Direito Privado. J. 10-06-2013).

Destaque-se que eventual inobservância da dedicação paterna em relação à alimentada, não obstante lamentável, é insuficiente para a continuidade da prestação de alimentos pelo genitor.

Destarte, a r. sentença apelada está apta a ser mantida incólume.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005152-

04.2002.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante/apelado M.A.F.R., é apelado/apelante T.A.N.R. (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Caio Cesar Infantini, OAB/SP 118.579.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.846)**

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

São Paulo, 27 de novembro de 2018.

ELCIO TRUJILLO, Relator

Ementa: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - Pretendida extinção em razão de anterior ação tratando de mesmo tema, com sentença de improcedência transitada em julgado - Ausente amparo na pretensão mesmo diante extinção de ação rescisória também proposta - Modificação das técnicas de apuração de vínculo no campo da engenharia genética a exigir, sob tais circunstâncias, a mitigação dos efeitos do resultado anterior - Ausente, por deficiência da técnica anterior, indicação do vínculo - Óbices de natureza processual que devem ser afastados quando se apresentam fatores de exercício ao direito fundamental - PRELIMINAR AFASTADA.

PERÍCIA GENÉTICA - Busca da verdade real - Prova essencial - Necessidade de realização - Requerimento pelas partes - Possibilidade de ser determinada, inclusive, de ofício pelo julgador - Ausência que se deu pela não intimação tempestiva de uma das partes - Medida que se impõe, inclusive em razão de reclamo do varão, em fase de recurso, apontando pretensão ao comparecimento para afastar, também, a presunção declarada diante notícia de que foi omisso - Condição regular de realização confirmada - Vício afastado - Trabalho técnico realizado ainda que em fase de conversão do julgamento em diligência - PRELIMINAR AFASTADA.

PREPARO - Ausentes guias de pagamento pelo autor - Condição apontada em fase de impugnação do apelo

Acesso ao Sumário

- Ausente maior fundamento - Recorrente que, desde o princípio da ação, obteve os benefícios de assistência judiciária - Ausente fundada impugnação quanto ao benefício anteriormente concedido - Regularidade da apresentação, Recurso conhecido PRELIMINAR AFASTADA.

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - Vínculo genético demonstrado - Detalhado trabalho realizado por instituto oficial - Relação de parentesco confirmada em todos os itens de análise - DNA a confirmar, em certeza quase absoluta, a condição de pai e filho - Declaração que se ratifica - Pretendidos alimentos pretéritos - Natureza da contribuição que não justifica arbitramento de qualquer valor - Filho emancipado desde a propositura da ação em análise, com família própria e atividades profissionais regulares - Ausente estado de dependência econômica a justificar a prestação pelo genitor - Danos morais - Indenização reclamada - Tempos anteriores ao reconhecimento do vínculo que não justificam, também, qualquer reparação financeira - Necessidade de processo judicial que por si só não motiva a obrigação - Efeitos de eventual abandono ou ofensa por omissão que não sustentam o pagamento exigido - Pretensão afastada - Sentença confirmada a teor, inclusive, dos seus fundamentos - Verbas de sucumbência que prevalecem como antes determinado ante ausência de específica impugnação pelas partes - RECURSOS NÃO PROVIDOS.

Acesso ao Sumário

VOTO

Reconhecido o vínculo de paternidade, afastadas as pretensões de recebimento de alimentos e indenização com imposição da sucumbência recíproca - sentença constante de fls. 765/772 - recorrem as partes.

O réu alegando, em resumo, impossibilidade de renovação da ação diante anterior decisão transitada em julgado e que afastou a pretensão do autor, circunstância ratificada diante afastamento de ação rescisória; ausência de regular perícia genética bem como não intimação do apelante para comparecimento ao lugar de exame negando, por consequência, possibilidade de procedência do pedido sob o argumento da presunção gerada pela ausência ao exame sendo

condição, inclusive, relativa necessitando de outras provas, por sinal, não apresentadas junto aos autos, insistindo quanto a improcedência do pedido inicial (fls. 781/809). O autor, por sua vez, reclamando alimentos e, também, indenização por danos morais (fls. 815/821). Pediram, respectivamente, o acolhimento de suas teses.

Recebidos (fls. 829) e impugnados (fls. 848/853 e 856/871), manifestando-se o Ministério Público (fls. 883/886) sendo distribuídos e, diante indicação preliminar - ausência de exame por não intimação do réu - por r. despacho constante de fls. 895/896, transformado o julgamento em diligência para fins de realização da perícia genética.

Com o retorno dos autos à origem e com as providências regulares, colhido o material, cuidou o IMESC da apresentação do laudo (fls. 1.013/1.020), manifestando-se as partes (fls. 1.026/1.027 e 1.029), além do Ministério Público (fls. 1.031).

É o relatório.

Investigação de paternidade.

Processo que pela natureza e dificuldades se prolonga no tempo.

Pretensão do reconhecimento do vínculo exteriorizado, sem segunda vez, pelo autor, já emancipado e que, na oportunidade anterior, não logrou êxito diante limitação, inclusive, do exame realizado.

Improcedente, na época, a ação, buscou, ao depois, a alteração do resultado mediante interposição de ação rescisória, também não acolhida.

Com as alterações de julgamentos através da jurisprudência e com o aperfeiçoamento da técnica, com novos sistemas e exames, o ingresso da nova ação a ditar, em repetição, que nasceu em 30 de outubro de 1980 (fls. 7), fruto da relação amorosa, dos tempos de faculdade onde, na cidade de Itapetininga, sua genitora, M.F., teve envolvimento com o varão indicado como sendo o seu genitor.

Salientou, em referência, que naquela fase inicial da concepção e nascimento, prometeu M. assumir a responsabilidade e, portanto, declarar o vínculo de paternidade; porém, ao depois, deixou a sua mãe em abandono não tendo, ao longo de décadas, patrocinado qualquer atendimento, inclusive, o financeiro.

Daí pretender, em paralelo, a obtenção de alimentos que lhe seriam devidos anteriormente e, também, pela falta de apoio, a indenização correspondente por danos morais.

A decisão de primeiro grau acolheu a primeira condição - a paternidade reconhecida - porém, afastou as demais pretensões.

O indicado genitor, por sua vez, questiona em preliminares, a existência

Acesso ao Sumário

de decisão com ocorrência da coisa julgada - com o afastamento do vínculo - bem como a declaração sem maiores provas, inclusive, falta do laudo técnico a que não se submeteu por ausente regular intimação.

Esse o quadro em reclamação específica dos recorrentes.

Afasto, de pronto, a prejudicial apresentada pelo réu no tocante a necessidade de prevalecer o julgado anterior.

Em primeiro porque, ao longo dos anos, diante avanço da ciência e, consequentemente, das técnicas utilizadas, perspectivas diversas surgiram para fins de apreciação do vínculo da paternidade, afastada a probabilidade - dai a exigência de outras provas e, também, retidão quanto ao comportamento social da genitora - como consagrada nas lições iniciais de Mendel, passando para a exatidão de resultados diante análise do DNA e seu quadro de compatibilidades, não podendo o Direito quedar-se insensível a essas técnicas permitindo, por consequência, um abrandamento, sob tais circunstâncias, dos efeitos da coisa julgada, persistindo, tão somente, onde não apresentadas alterações científicas e, permitindo-se, em mitigação, nova apreciação, repetindo, sob essas novas técnicas.

Por sinal, não obstante os argumentos apresentados pelo réu apelante, em tentativa de afastar a posição da jurisprudência, contrariando o próprio espírito do moderno processo, condição reiterada durante sustentação oral omitindo, inclusive, essa decisão abaixo apresentada, certo é que, em disputa incidental mediante recurso, recebeu diretamente da Suprema Corte, o resultado já consagrado de que não se há sustentar a vedação da nova ação, conforme decisão proferida sob a relatoria do Ministro **Luís Roberto Barroso** junto a agravo interposto pelo próprio réu apelante:

> "*Ademais, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu ser possível a mitigação da coisa julgada no caso em questão. Veja-se ementa do RE 363.889, julgado sob a relatoria do Ministro* ***Dias Toffoli****:*
>
> *'RECURSO EXTRAORDINÁRIO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE.*
>
> *1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade*

Acesso ao Sumário

da repropositura de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova.

2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo.

3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável"[1]

Referente a segunda condição - a realização do exame pericial - mesmo julgado também sacramentou a condição ao assinalar, durante o julgamento a posição antes adotada por esta Corte Paulista:

"*Agravo de instrumento - Decisão que, em ação de investigação de paternidade, deferiu o exame pericial pelo método DNA - Orientação adequada à hipótese - Recurso não provido*"[2]

Interessante realçar, ademais, que de ambas as condições - coisa julgada mitigada e deferimento da perícia genética - o ora apelante, por seu i. Advogado, inconformado, tratou de interpor Agravo Regimental em busca de alteração do resultado; porém, sob mesma relatoria, o recurso foi negado[3] sendo, por consequência, ratificada a posição, tornando definitiva a solução e, importante, dando por prejudicadas as prejudiciais trazidas sede desta apelação.

Finalmente, ante o reclamo do réu apelante de que pretendia se submeter ao exame genético; porém, ausente oportunidade por não intimado tempestivamente, diante objetivos modernos do processo - a busca da verdade com ampla produção probatória - cuidei, como relator, de assegurar o atendimento.

Razão da conversão do julgamento em diligência (fls. 595/596) oportunidade em que, com retorno dos autos ao juízo de origem, novas datas foram designadas e, com a participação dos litigantes, colhido material gerando, a final, o qualificado laudo realizado junto ao IMESC - Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo - que, em detalhada descrição dos

Acesso ao Sumário

1 STF. AI. nº 559.806 - SP, p. 900/903.
2 Idem, Relator Ministro Roberto Barroso, p. 900, j. 26.8.2013.
3 STF. Primeira Turma. Ag. Reg. no Agravo de Instrumento nº 559.806 - SP, j. 10.12.2013, p. 904/911.

métodos empregados e etapas de análise, concluiu pela existência do vínculo entre autor e réu indicando a probabilidade de 99,9999999999% considerando-se todos os "*locos*" analisados. (fls. 1.013/1.020).

Em termos objetivos, praticamente a certeza da paternidade, ausente, pelo réu apelado qualquer e tempestiva impugnação (fls. 1.029), dispensado qualquer outro complemento.

Portanto, em relação ao réu apelante, a confirmação de que, efetivamente, é o genitor do autor cumprindo, na sequência, analisar os termos de inconformismo apresentados no apelo deste, anotando ser este beneficiário da justiça gratuita (fls. 26), dispensado o preparo indicado pelo réu apelante.

O autor reclama alimentos e indenização.

Já capaz quando da apresentação da ação, inviável a contribuição mensal pretendida que, em face do que dispõe a lei, busca amparar, em tempo certo e imediato o atendimento das necessidades.

Assim, não obstante reconhecido o vínculo, inviável se falar em retroação da contribuição que lhe seria devida e ainda porque a declaração da existência deste é recente, portanto, juridicamente, passou a ser o pai a contar da declaração judicial.

Tem o autor capacidade plena sendo ausente caracterização do estado de dependência econômica a justificar, mesmo ao depois do reconhecimento apontado, o arbitramento de contribuição alimentar mensal.

Mesma circunstância referente a pretendida indenização por dano moral.

Problemas no desenlace entre os pais não justifica qualquer contribuição sob o título pretendido e nem mesmo o tempo decorrido entre o nascimento e o reconhecimento.

A existência do processo resulta de previsão constitucional ensejando às partes a possibilidade da boa disputa no tocante as suas divergências não podendo, assim, o litigio servir também para justificar apuração de algum valor em reparação.

Acesso ao Sumário

Inviável, também, o reconhecimento de abandono ou desemparo ao longo dos anos e ainda porque, como bem apresentado pelo i. Magistrado em primeiro grau, "*Diante desse contexto, não há se* (sic) *falar em abandono injustificado ou qualquer outro ato que não demonstrasse afeto de maneira ilícita. Em princípio e até hoje, o réu agia amparado por decisão judicial transitada em julgado. Durante toda a infância e adolescência do autor, não estava o réu obrigado, moral ou legalmente, a amparar financeiramente ou psicologicamente o autor*" (fls. 770).

Eventuais direitos hereditários não podem ser confundidos com antecipação em alimentos ou indenização por danos morais.

Cumpre, por consequência, a integral manutenção da r. sentença constante de fls. 765/772, da lavra do i. Magistrado **MARCOS JOSÉ CORREA**, também por seus próprios e jurídicos fundamentos, ratificada a sucumbência como distribuída ante o conformismo dos apelantes que, na forma processual adequada, não se opuseram aos limites determinados em primeiro grau.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001090-44.2017.8.26.0547, da Comarca de Santa Rita do Passa Quatro, em que são apelantes BANIF - BANCO INTERNACIONAL DO FUNCHAL, S.A., FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS NÃO PADRONIZADOS ALTERNATIVE ASSETS I e BANCO BANIF (BANCO INTERNACIONAL DO FUNCHO S.A.), são apelados BTG PACTUAL SERVIÇOS FINANCEIROS S/A - DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS, TC12 EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIOS LTDA., FOCA REAL ESTATE PARTICIPAÇÕES EIRELI, THOMASI & CAMARGO LTDA., MARAJÓ, ASSESSORIA, ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA. e ABRAHAO JESUS DE SOUZA.

ACORDAM, em 4ª 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 48867)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENIO ZULIANI (Presidente), MAIA DA CUNHA e FÁBIO QUADROS.

São Paulo, 22 de novembro de 2018.

ENIO ZULIANI, Presidente e Relator

Ementa: Registro de Imóveis. Publicidade formal. Ação de impugnação para retificar serviço do registrador. Cancelamento de garantias hipotecárias por credores que reclamam prejuízo por erro do servidor quanto a baixa de hipotecas de dívidas abertas. Credores sustentaram que o título autorizava extinção de 6 registros e não 9, como praticado.

O presente expediente, pelos seus acanhados limites, não autoriza decisão completa sobre o conteúdo dos negócios, mas, sim, exame da legalidade do ato do

Acesso ao Sumário

delegado de serviços notariais, cuja função é o de realizar tarefa que atribua certeza jurídica ao direito real (autenticidade). O registrador interpretou mal as cláusulas de título, praticando, diante da evidente falta de clareza de quitação, erro de dimensões financeiras extravagantes (cancelou hipotecas que garantiam dívida superior a cinco milhões de dólares). A escritura de cessão, com o aditivo complementar, não indica, com precisão, transferência de créditos na extensão concretizada, resultando claro que três deles, identificados no preâmbulo ("considerandos") e excetuados na cláusula 9, não foram inseridos naquelas prestações dignas de baixa por controle da cessionária. As escriturações impugnadas atingiram os créditos transferidos para os autores da ação, inibindo exercício natural da tutela respectiva.

Inconsistência do título conspira contra a regularidade do serviço cartorário e a deontologia recomenda, diante de regras imprecisas e de conclusões divergentes, abstenção de baixa de hipotecas para eliminar as dúvidas e não a prática de atos desafiadores da razoabilidade. O registro, nesse contexto, não contribui para a esperada segurança do direito real de garantia, animando uma explosão conflituosa entre os interessados, o que contraria a finalidade do serviço delegado (Lei 6015/73).

Independente de ter ocorrido ou não quitação (publicidade material), a inviabilidade de perpetuar a extinção da garantia evidencia-se diante da fundada dúvida da não extinção das dívidas, o que permitirá excussão dos bens hipotecados, com oportunidade para que os devedores se defendam, criando o contraditório que subsidiará veredicto seguro. Manter o registro diante dessa enorme imprecisão documental, somente alimenta a perplexidade, prejudicando o objetivo da função cartorária.

PROVIMENTO para julgar procedente e cassar os registros que cancelaram as garantias hipotecárias.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

I **- RESUMO DO POSTULADO.**

A ação é de retificação de registro imobiliário e a iniciativa partiu de Fundo de Investimento em Direitos Creditórios Não Padronizados Alternative Assets ("**FIDC**"), representada pela sua administradora **BTG** Pactual Serviços Financeiros S.A. DTVM, contando, ainda, com **BANIF -BRASIL** (Banco Internacional do Funchal) e **BANIF - PORTUGAL** (Banco Internacional do Funchal S.A.) contra vários requeridos, visando corrigir (desconstituir) registro de baixa (ou cancelamento) de hipotecas que gravam imóveis de diversas matrículas do Cartório de Registro de Imóveis de Santa Rita do Passa Quatro (o tabelião da unidade citada, ABRAHÃO JESUS DE SOUZA, encabeça a lista dos requeridos). Os demais citados integram o que os autores chamam de Grupo Econômico de Lourenço Thomasi e Clóvis Camargo, com cometimento de fraude pela negociação com as sociedades LOTHO e FOCA, todas coligadas. Os autores prosseguem afirmando que foi celebrada uma escritura de cessão entre Banif Estados Unidos e TC12 (não era devedora e estaria representada por Lourenço Thomasi e Clóvis Camargo), quando, ao se averbarem as cessões, foram canceladas hipotecas devido a quitação outorgada pela TC12. Os itens que serão transcritos em negrito a seguir (24 e 25) sintetizam a narrativa dos fatos até esse ponto (fls. 11):

"***24. Em resumo, em abril de 2017, a TC12 declarou-se, perante o CRI Santa Rita de Passa Quatro, credora da totalidade dos créditos - inclusive daqueles Créditos Cedidos que não lhe pertenciam e que sequer poderiam ter sido objeto da Escritura de Cessão, posto que também não pertenciam ao Banif Estados Unidos, que já os havia transferido ao Banif Portugal em fevereiro de 2017 - e, ato contínuo, informou a quitação integral dos débitos. Assim, como num passe de mágica, a dívida evaporou-se. Por conseguinte, as hipotecas foram canceladas***".

Em seguida o outro item:

"***25. Dessa forma, claro está que uma empresa do mesmo grupo econômico de Lourenço Thomasi e Clóvis Camargo obteve sucesso em cancelar todos os ônus hipotecários, à margem do conhecimento de qualquer dos Autores. Vejamos as averbações constantes de uma das matrículas que, vale dizer, são comuns a todas as demais matrículas dos imóveis gravados com ônus reais***".

As autoras insistem na tese de que embora a Banif Estados Unidos tenha cedido créditos a TC12, não houve quitação das dívidas hipotecárias que tiveram registros cancelados. Essas dívidas foram cedidas pela Banif à FIDC, o

Acesso ao Sumário

que confirma o erro (baixa de hipoteca sem quitação da dívida correspondente).

II - **SENTENÇA.**

A ilustre Juíza, Dra. Nélia Aparecida Toledo Azevedo, assinou sentença na qual examina todos os fundamentos controvertidos: i) rejeitou as questões preliminares por priorizar o julgamento de improcedência, bem mais útil do que a desejada extinção, sem julgar o mérito, pela ausência na lide dos titulares do domínio atuais; iii) reconhecer que os cedidos não foram notificados *opportuno tempore* da cessão que teria operado a transferência dos créditos para a autora, o que convalidaria os atos celebrados pela TC12; iv) rejeitou a tese de conluio fraudulento entre Lourenço Thomasi e Clóvis Camargo (e suas respectivas consortes) e as empresas Lotho e Foca, pelo qual se deu a transferência de domínios (integralização de capital); v) analisou a posição registral para declarar que os autores não possuem direito real oponível erga omnes em relação aos imóveis das matrículas 2.746, 13.404, 13.107, 14.361 e 14.360, por falta de registro; vi) reconheceu a eficácia das cláusulas (notadamente III.2.c) do aditamento, pela anuência dos garantidores e vii) admitiu ter havido sub-rogação que permitia a TC12 liberar as hipotecas, o que confirma a regularidade dos atos exercidos pelo registrador, admitindo que caberia exigir da Banif Finance restituição de eventuais prejuízos. A condenação em honorários foi de 20% do valor dado à causa (R$ 797.838,06). O acolhimento, em parte, dos embargos, serviu apenas para esclarecer que a verba de sucumbência seria partilhada entre os vencedores (fls. 2414).

III - **RECURSOS.**

A primeira apelação foi protocolizada pela BANIF FINANCE (USA) CORP (atual denominação de Banif Mortgage Company - BFU), na qualidade de terceiro interessado (fls. 2420). Como preliminar critica e pede nulidade por ter o feito tramitado (e concluído em Primeiro Grau) sem sua integração oficial, apesar de os autores terem expressamente requerido que a BFU fosse citada. Diz que a nulidade é inconteste porque a sentença está estruturada em possíveis e inexistentes manifestações de vontade da BFU, negando que tenha cedido a integralidade das garantias ao grupo capitaneado por Lourenço Thomasi e Clóvis Camargo (TC12), reputando válida e eficaz a cessão que fez para a Banif Portugal, que fez cessão para Banif Brasil e que, por fim, cedeu para a FIDC (autora). Afirma que foi produzida nulidade insanável devido a ter sido emitida sentença sem citação de litisconsorte necessário, pelo que aguardaria concessão de 15 dias para apresentar manifestação.

Acesso ao Sumário

Em seguida faz referência ao objetivo da ação que tramita na 25ª Vara Cível (n. 1084392-51.2017.8.26.0100), explicando que se pretende a nulidade da cláusula III.2.c, inserida por erro derivado de exibição de documentos falsos, negando, de forma peremptória, de que "todas" as garantias foram cedidas

para a TC12, fato que prova o "erro interpretativo" do registrador ao cancelar hipotecas de dívidas não quitadas. Depois (a partir de fls. 2436) justifica que somente créditos remanescentes (sem ser aqueles cedidos em 6.2.2017 para o Banif Portugal (que terminou no patrimônio da FIDC), o que demonstra que jamais cederia créditos duas vezes. O seu argumento é o de que haverá de ser interpretado de forma restritiva os termos da cessão e quando não há indicativo de que os créditos listados nos itens III.1.f, III.1.h e III.1.i, não foram cedidos (os outros enumerados sim), o que confirma o erro registral (fls. 2438).

A apelante encerra discordando da aplicação do art. 1.013, § 3º, do CPC (superar a nulidade e analisar o mérito), devido a ser indispensável prova técnica que deverá ser realizada para confirmar os termos de sua manifestação.

O segundo protocolo recursal é das autoras (fls. 3075), com pedido de nulidade pela falta de citação da TCI1 e MYSTEREE (pleiteado expressamente) ao fundamento de que essas pessoas jurídicas teriam que participar da lide, porque beneficiadas com as alienações dos imóveis que tiveram baixa irregular da hipoteca (item 37, fls. 3087). O cerne da proposição recursal encontra-se na interpretação de cláusula da cessão, equivocada segundo exposto nas razões recursais, que todas as dívidas foram cedidas a TC12, quando, em verdade, três dívidas que foram enumeradas e que já não estavam na titularidade da cedente (Banif Estados Unidos) não integravam o pacote, porque cedidas, anteriormente, para as autoras (em cadeia). Os créditos cedidos para a TC12 seriam aqueles identificados pelos itens III.1.a até III.1.e e III.1.g e voltam, com ênfase, a explicar o sentido da expressão "todas" contida na cláusula 9.4 do aditamento. As dívidas cedidas e que não foram quitadas são as identificadas nas letras III.1.f, III.1.h e III.1.i (item 60 - fls. 3093). As autoras elaboram (fls. 3095) um demonstrativo de valores (em dólares) com o propósito de explicar que não teria sentido econômico considerar que houve cessão de todos os créditos, porque a disparidade dos valores é vultosa (mais de cinco milhões). Em seguida são rebatidos os demais pontos do veredicto para conclusão de que há necessidade de provimento para resgatar a eficácia dos registros hipotecários e para redução da verba honorária, na pior das hipóteses.

IV - **LIDE PARALELA.**

Tramita na 25ª Vara Cível da Capital ação promovida pela Banif Finance Usa Corp (1084392-51.2017.8.26.0100) na qual se objetiva anular a cláusula III.2 de contrato celebrado com a TC12, sendo que não há sentença. A ilustrada 13ª Câmara de Direito Privado, pelo voto do Desembargador Francisco Giaquinto, negou provimento ao agravo tirado da decisão que indeferiu a tutela antecipada (AgIn. 2194066-53.2017.8.26.0000).

V - **FUNDAMENTOS DO VOTO.**

V - i - **Competência da 4ª Câmara de Direito Privado.**

Acesso ao Sumário

Inaplicável o art. 105, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Esse dispositivo foi inserido no estatuto interno da Corte para tornar preventa a unidade a Câmara que tomar conhecimento, em primeiro lugar, de recurso tirado de ações que guardem proximidade em seus aspectos primordiais, como fórmula de concentrar os recursos para uma só Turma Julgadora. O objetivo é evitar pulverizações da competência e emissões de sentenças contraditórias, sendo que, por isso, a regra não contempla a conexão que é tratada pelo CPC, por vontade de ampliação mais dilatada de maneira a abarcar todas as ações ramificadas e que possam ter, eventualmente, algum sinal coincidente (e não propriamente os elementos da *causa petendi*). Mas aqui não incide por uma razão bem simples: a 13ª Câmara, que seria preventa por ter julgado com prioridade o recurso tirado na ação ordinária do Fórum Central da Capital, não detém competência para julgar recursos que versem sobre registros públicos, porque a competência, nesse setor, é exclusiva da Subseção I do Direito Privado (a 13ª integra a Subseção II). Embora não tenha sido arguida questão sobre o tema, é conveniente deixar anotado que não há conflito, eliminando especulações contraproducentes sobre nulidade por ofensa ao desembargador certo identificado por prevenção.

V - ii - **Arguições de nulidade da sentença.**

Não vingam as proposições que almejam anular o processado, competindo assinalar, diante do objetivo da lide (retificação de assento imobiliário para restaurar a vigência de hipoteca irregularmente baixada), a completa desnecessidade de incluir outros personagens na lide, mesmo reconhecendo que as figuras citadas como sendo participes obrigatórias possam deter interesses legítimos quanto ao resultado do pleito de jurisdição voluntária.

Esse é o ponto crucial. Os atos imobiliários que dão particularidade ao processo são essenciais para a publicidade que atribui o direito real de sequela e de efeitos *erga omnes*, característica singulares da garantia hipotecária. Esses e tanto outros que dependem de registros e averbações, exalam presunção de regularidade até prova em contrário (*juris tantum*). Essa é a interpretação que resulta da análise dos artigos 1.245, 1.246 e 1.247, do Código Civil, sendo que a Lei 6.015/73, ao normatizar os serviços do registro público, autoriza a retificação por meio administrativo e judicial (art. 212, do CC).

Esse conceito é explicado pelos doutos como publicidade formal do registro e publicidade material (da relação jurídica), sendo que o ideal do sistema fundiário, segundo exposto por SORIANO NETO, é que exista correspondência exata do registro com a situação jurídica verdadeira, porque o registro é o espelho que reflete a sua imagem (*Publicidade material do registro imobiliário*, Recife, 1940, p. 88, § 45).

Acesso ao Sumário

Embora os interesses (monetários) coloquem os protagonistas em antagonismo ferrenho, motivando acusações que chegaram as raias policiais (falsificação documental conforme fls. 2835 e seguintes), o conflito ou a lide (pretensão resistida) está contido nos limites da atividade do registrador, circunscrito a uma singela controvérsia: são eficazes as baixas hipotecárias?

Não é necessário ampliar o debate para responder a essa indagação.

As partes pretendem transpor para esse procedimento, que foi aberto com a finalidade de averiguar a legalidade do serviço registral de Santa Rita do Passa Quatro, estudo sobre a causa de negócios e todos os contornos da relação jurídica material. Não é correta essa transferência de foco, porque isso demandaria exame específico da validade das cláusulas dos contratos de cessão de créditos e a discutida quitação dada pela TC12 (que conduziu aos cancelamentos), como se a decisão a ser tomada - nos rasos limites de uma conduta cartorária -, dependesse de prévio pronunciamento sobre a higidez do crédito e da garantia hipotecária respectiva.

Estamos tratando dos direitos inscritos e não dos fatos mencionados na inscrição. O que movimenta o raciocínio jurídico estrutural de uma decisão é muito mais de conceito administrativo do que judicial. O Judiciário, nesse tipo de procedimento, atua como corregedor nato e para que sua decisão tenha produtividade *intra muros*, deve o juiz abster-se de assuntos externos, embora associados ao registro alvo. Entre esses pontos exteriores que cumpre evitar figuram a permanência da dívida e a extensão da cláusula controvertida (se foram nove os créditos cedidos ou seis). Se a decisão de tais temas litigiosos não estiver reservada para o processo que corre na 25ª Vara Cível (n. 1084392-51.2017.8.26.0100), deverão os interessados manejar embargos ou contestações quando o direito material for posto em provocação nas demandas em que todos os envolvidos participem. Aqui o polo passivo deveria ser formado com o registrador, que foi citado e contestou, e os cessionários e favorecidos pelo cancelamento, porque foram eles que levaram o título para acesso no cartório imobiliário. Os demais participam de forma voluntária, pelo que não há nulidade pela falta de citação da cedente (e recorrente BANIF FINANCE) e daqueles que se ligam ao domínio na atualidade (TCI1 e Mysteree), porque não são litisconsortes necessários (art. 114, do CPC).

Se o registro for mantido as posições desses sujeitos não se modificam e se for desconstituído o cancelamento (como se pretende) também nada muda, porque a cedente Banif Finance e outros eventualmente relacionados com o domínio, não sofrem reveses pela restauração do gravame hipotecário. Essa inalterabilidade resulta do fato de que o que os coloca em alvoroço jurídico não é o registro (inscrição), mas, sim, o adimplemento e ou a extinção da obrigação pelo pagamento.

Acesso ao Sumário

A decisão a ser tomada aqui não deve e não vai tratar desses assuntos, porque a manutenção ou não de um registro não implica pronunciamento vinculativo da eventual quitação, mas, sim, da segurança jurídica que o registro público confere. A transcrição, já dizia NICOLA COVIELLO, não faz direito algum e não tem por finalidade (*iscopo*) extinguir um vínculo jurídico (*Della transcrizione*, Napoli, Editora Eugenio Marghieri, 1897, vol. I, p. 176, § 105). Portanto, tanto a recorrente como os demais sujeitos mencionados, não integram, necessariamente, a lide, o que dispensava a citação. Não há ofensa a qualquer dispositivo processual e constitucional (art. 5º, LV, da Constituição Federal).

O ponto cardeal da demanda está no cancelamento da hipoteca e hipoteca é um direito real, provido de sequela, acompanha o bem gravado, em suas mutações de domínio, de modo que a ação do credor hipotecário se exercita sobre ele em poder de qualquer terceiro adquirente (palavras de LYSIPPO GARCIA, *A inscripção*, Livraria Francisco Alves, RJ, 1927, p. 223). Quem ingressar no campo do domínio dos bens hipotecados está ciente de que a hipoteca acompanha o bem e o dono se sujeito ao débito, independente de saber ou não se houve irregular baixa do registro hipotecário. O processo foi bem formado e o veredicto apto a atingir o alvo a que se destina.

V - iii - **Erro do registrador e prejuízo que urge remediar.**

A respeitável sentença engrandece a sua ilustre prolatora, revelando o cuidado na averiguação dos fatos.

Todavia, não deve subsistir.

O registrador defendeu os atos que praticou ao argumento de que era possível (como também foi visualizado pela douta Magistrada) interpretar que todas as dívidas de titularidade da apelante Banif Finance foram cedidas (as noves constantes do aditivo de 17.5.2012 e não seis), o que permitiria cancelar as hipotecas das matrículas citadas. Na sua concepção de delegado de função pública, o exame da acessibilidade do título na matrícula respectiva não enxerga o conteúdo do negócio jurídico, por não ser essa a missão do registrador, mas, sim, a literalidade das cláusulas. A sua autoridade e competência não ultrapassa o campo da formalidade essencial, pelo que, de acordo com a cláusula 9.1 da escritura de cessão para a TC12, estava autorizado a baixar todas as hipotecas.

O discurso do registrador, embora longo e detalhado, não possui fundamento algum. A aplicação dos princípios citados na defesa ao caso concreto foi equivocada. O registrador é, sim, encarregado da filtragem primária da legalidade formal dos títulos prenotados, sendo seu dever aceitá-los quando evidenciada a certeza que sua intervenção vai repercutir na matrícula do imóvel, por ser vontade real dos titulares imobiliários (proprietário e credor hipotecário). Transparecendo a mais tímida hesitação, a ordem é a de abstenção (não praticar) ato que possa prejudicar as partes e a própria ordem jurídica.

Acesso ao Sumário

Esperava isso (recusar) ou, como boa opção de deontologia forense, proceder de acordo com o sistema de dúvida inversa (art. 198, da Lei 6015/73), após exigir que o cedente apresentasse esclarecimentos dos termos do aditamento de 17.5.2012. Isso porque a cláusula 9.1, intensamente citada, não garante que todas as dívidas da credora cedente foram incluídas na sub-rogação que permitiu que a TC12 cancelasse dívidas de mais de cinco milhões de dólares, sem que fosse exibida a quitação específica do credor original. A disparidade da cessão onerosa com o montante da dívida já alertava, mesmo a um leigo ou jejuno das burocracias notariais, que alguma coisa não explicava a baixa de tantas hipotecas.

O registrador afirma que não lhe compete interpretar o negócio jurídico e convém indagar: o que fez para dar baixa nas hipotecas? Não interpretou a cláusula?

Interpretou mal e cometeu equívoco ou irregularidade. Houve cessão das dívidas inseridas nas cláusulas III.1.a à III.1.e e III.1.g (seis) e tudo isso consta do aditamento, que foi mencionado na cláusula do considerando (fls. 919). O registrador tinha de confrontar a escritura e o aditamento de 17.5.2012, porque isso faz parte do título que examinava. Ora, a cláusula 9.1 e as demais desse setor, quando trata da sub-rogação e do poder de dar quitação, não avança além dos créditos cedidos, tanto que no começo está disposto que os créditos cedidos são aqueles mencionados na cláusula 1.1., oriundos do ADITAMENTO. Ora, os créditos III.1.f, III.1.h e III.1.i, não estão contemplados, com a clareza meridiana que autorizava baixa das hipotecas, porque a cláusula que individualiza os créditos cedidos identifica outras dívidas que não essas mencionadas e a cláusula de sub- rogação não as compreende ou explica porque as compreenderia se não integram o negócio oneroso da cessão de crédito.

O que cancela registro hipotecário é a extinção da obrigação respectiva. A quitação é demonstrada por um documento e muitos afirmam que, pela sua importância, ganhou status de negócio jurídico, tal como definido no art. 320, do CC. SERPA LOPES (que não aceitou a tese de ser a quitação um contrato) afirmava que a quitação depende de forma solene para existir como ato jurídico e será tida como prova do pagamento quando no documento concorrem todos os meios legais para revelar a vontade jurídica nela contida (*Tratado dos Registros Públicos*, Livraria Freitas Bastos, RJ, 5ª edição, vol. II, 1962, p. 383).

O Tribunal está ciente de que, em caso de cessão, com sub-rogação, basta a declaração do cessionário que a dívida está quitada para o registrador aceitar o título e cancelar a hipoteca, dispensando o consentimento expresso do credor (cedente). Isso é possível desde que o título contenha os dados específicos da dívida, com todas as letras, sendo que do contrato que foi exibido não surge quitação das nove prestações, o que retirava o poder da cessionária de cancelar tudo. E nesse particular que o erro apareceu, porque a intervenção

Acesso ao Sumário

do serventuário afirma que o direito então existente nas matrículas deixou de existir e isso não deflui do título. Ato de registrador não dá quitação de dívidas, data vênia, principalmente quando o credor está reclamando - e com razão -, da inexistência de prova de ter recebido o dinheiro. E isso o que está ocorrendo: a quitação de vultosa dívida deriva de uma baixa hipotecária por um título sem a certeza exigida pela solenidade probatória do pagamento.

A providência cartorária impugnada se não está oficializando um dado irreal, agitou um tumulto entre os titulares e sucessores da relação subjacente, contrariando a finalidade do serviço registral. O registro atua para estabilizar as relações e confirmar que o direito real que resulta do registro confirma a realidade jurídica produtora de consequências desejadas pelas partes. A baixa da hipoteca pressupõe quitação e existe uma dúvida fundada de não ter ocorrido pagamento e não existir poder para que a TC12 apresentasse carta para que o registrador baixasse as garantias reais. Os atos perquiridos não pacificam, acalmam ou harmoniza o contrato entre as partes, porque encheram os interessados de perplexidade, animando provocações judiciais, inclusive para eliminar os efeitos do registro impugnado. Isso já é uma denúncia de anormalidade ou esquizofrenia funcional.

A melhor solução é a de anular os registros das matrículas mencionadas, expedindo-se mandado para averbar a anulação, tornando sem qualquer efeito a baixa hipotecária. Isso não prejudica o curso da outra ação e, igualmente, permite que, com a garantia restaurada em sua plenitude, possa a cessionária exercer os direitos de excussão, abrindo um procedimento no qual (aí sim) haverá de permitir a cognição completa se as dividas foram cedidas na integralidade (9 e não 6), subsidiando uma sentença de exigibilidade da prestação pecuniária ou não. O que não se admite é que a insegurança se perpetue, estimulando a incerteza criada pela interpretação do registrador e do ato indevido que foi praticado (baixa dos registros como se tivessem sido quitadas todas as dívidas, inclusive as que estão na carteira da autora FIDC).

Cabe enfatizar ser despiciendo cogitar de titularidade de direito real para legitimar a retificação. As leis não colocam como pressuposto de legitimidade a titularidade do direito real, conforme anota NARCISO ORLANDI NETO (*Retificação do registro de imóveis*, Editora Oliveira Mendes, 1997, p. 100, § 3.2), até porque por vezes o erro do registro é que está prejudicando o exercício do direito real que lhe foi subtraído ou ameaçado. Não é preciso que a cessionária (FIDC) tenha obtido cessão por escritura pública para que possa exercer tutela do crédito cedido. O que garante a persecução de medidas profiláticas, como a de repaginar a matrícula com expurgo de atos impróprios, não é a cessão (seja por instrumento particular ou público), mas, sim, a hipoteca que integra o crédito transferido. Essa transmissão do direito real de garantia não se aperfeiçoa com o registro, até porque seria missão impossível exigir que se registrasse a

Acesso ao Sumário

cessão depois da baixa incorreta lavrada pelo requerido. Trata-se de encargo inadmissível e o interesse da autora e dos demais que compõem o polo ativo (inclusive a recorrente que afirma ter cedido seis e não nove créditos) resulta das prestações (crédito), sabidamente um direito personalíssimo que independe de registro.

Essa é uma conclusão que não está baseada no fato da ciência das cessões aos cedidos ou do tempo das notificações preconizadas no art. 289, do CC, como se houvesse alguma importância de tal fato para o direito registral. Uma baixa de hipoteca depende da mais absoluta precisão jurídica do termo de quitação passado pelo credor, exatamente porque extingue uma garantia real que foi constituída pelo registro. Mesmo que se admita que a sub-rogação constante da cláusula 9 da escritura de cessão permitia a TC12 quitar as garantias dos créditos cedidos, não possuía o registrador, no exame isolado desse título, compreensão perfeita do alcance das cessões que a TC12 baixava pela quitação, o que era fator impeditivo DO CANCELAMENTO de hipotecas de dívidas não incluídas no corpo do negócio e expressamente afastadas na cláusula 9.1. Não se extrai do imenso corpo processual a prova da quitação de mais de cinco milhões de dólares (valores não transferidos) porque não se confirma o pagamento, por documentos ou por meio de provas que os devedores não cogitam de produzir.

V - iv. **Posição jurídica do registrador.**

Foi articulado na sustentação oral possível erro da inserção do registrador no polo passivo da ação, sendo que esse relator foi surpreendido com a tese exposta na fase de conferência dos votos, o que não impediu de justificar, rapidamente, as razões pelas quais mantinha intocável o círculo subjetivo da lide. Cumpre, agora, transpor para o papel os fundamentos legais, até para homenagear o disposto no art. 485, § 3º, do CPC.

Decorre a legitimidade *ad causam* do interesse econômico e jurídico do sujeito para ajuizar ou responder ação judicial diante da relação subjacente. É o que deflui do art. 17, do CPC, sendo que para avaliar se alguém deve ou não figurar na lide, é obrigatório verificar o envolvimento dele na situação litigiosa.

A elaboração do raciocínio conduz, necessariamente, ao negócio jurídico praticado, porque o ato do cartório caracteriza um fenômeno que produziu consequências patrimoniais. O registrador passou a ser responsável pelos efeitos do serviço no momento em que resistiu ao retorno ao *status quo ante*, porque lhe é autorizado a agir, de ofício, para desconstituir o que foi praticado e impugnado (art. 213, I, da Lei 6015/73). A preservação do ato caracteriza a resistência produtora da lide, fundamento do litígio que encaminha o interessado ao Judiciário (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), surgindo daí a indagação: quem responde?

O Cartório (Ofício) não possui personalidade jurídica e não poderia

Acesso ao Sumário

figurar no polo passivo. O colendo STJ estabelece que, em demanda que se busca repetir valor de imposto indevidamente recolhido, quem responde é o titular do cartório (AgInt. no AgInt no AREsp 1141894 SP, DJ de 21.11.2018), o que já tinha sido proclamado no AgRg no AREsp 277313 RS, DJ de 6.3.2014. Portanto, o titular (pessoa física do delegado) é o único que reúne as condições exigidas para o interesse e legitimidade, inclusive porque, na forma do art. 22, da Lei 8935/94, presta contas (pessoalmente) pelos serviços cometidos em prejuízo de terceiros. Não justifica a exclusão do registrador do procedimento contencioso.

VI - **Dispositivo.**

Isso posto, **dá-se provimento** para desconstituir os registros de baixas das hipotecas das matrículas 2746, 13.404, 13.107, 5.049, 14.361 e 14.360, do Cartório de Santa Rita do Passa Quatro, tornando sem efeito os cancelamentos inscritos por erro do registrador, expedindo-se o mandado para esse fim. Os réus são condenados ao pagamento de custas e honorários para os Advogados dos autores, invertidos os ônus (20% do valor atualizado da causa), além de honorários recursais que são fixados em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), devido ao excelente trabalho desenvolvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005986-54.2017.8.26.0152, da Comarca de Cotia, em que é apelante CENTRAL PARK EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., é apelado ASSOCIAÇÃO DOS PROPRIETÁRIOS DO LOTEAMENTO RESIDENCIAL CAUCAIA I.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.666)**

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

São Paulo, 30 de novembro de 2018.

ALCIDES LEOPOLDO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: ASSOCIAÇÃO DE MORADORES - Rateio das despesas de loteamento fechado - Ainda que inadmissível a aplicação das disposições da Lei n. 13.465/2017, uma vez que o loteamento não foi

constituído sob sua égide (Condomínio de Lotes), a Associação autora foi constituída pela própria requerida, proprietária do lote gerador do débito, constando expressamente do contrato padrão de Instrumento Particular de Compromisso de Venda e Compra, na cláusula 1ª, item I, letra "b", a filiação automática à Associação, com a obrigação de contribuir com a taxa mensal prevista no Estatuto - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação de cobrança proposta por associação administradora do Residencial Caucaia I, requerendo o recebimento da importância de R$ 1.193,36, referente à taxas vencidas de manutenção de lote, além das vincendas, de propriedade da ré no referido loteamento, alegando que consta informação acerca de tal obrigação no contrato padrão registrado no Cartório de Registro de Imóveis, submetendo ao pagamento da taxa, portanto, a todos os proprietários do local, independente de associação.

A r. sentença, cujo relatório se adota, julgou procedente a ação, condenando as rés ao pagamento das despesas de taxas de manutenção referentes aos meses descritos na inicial, acrescidas das demais taxas que se venceram até a satisfação da obrigação, com correção e juros de mora de 1% ao mês desde o vencimento, condenando-as ainda, ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da condenação (fls. 142/152).

A requerida apelou arguindo não ter se associado à autora e não ter contratado os serviços prestados, tendo a sentença ignorado a jurisprudência assente no STJ, que exarou entendimento no sentido da liberdade de associação, inexistindo no presente caso fato gerador da obrigação civil, que não se constitui pelo simples fato de ser a apelante proprietária do terreno, não se confundindo a presente cobrança com condomínio, não se admitindo associação tácita, requerendo a reforma para que seja julgada improcedente a ação (fls. 154/171).

Foram apresentadas contrarrazões pugnando-se pela manutenção da sentença (fls. 239/242).

É o Relatório.

A controvérsia é quanto à possibilidade de cobrança do proprietário de imóvel não edilício, de sua cota parte referente a serviços prestados e benfeitorias introduzidas.

O Supremo Tribunal Federal, sob pena de ofensa aos incisos II e XX do art. 5º da Constituição Federal (submissão apenas à lei e liberdade de associação),

Acesso ao Sumário

afastou a possibilidade de associação de moradores, por não se confundir com o condomínio disciplinado pela Lei nº 4.591/64, a pretexto de evitar vantagem sem causa, "impor mensalidade a morador ou a proprietário de imóvel que a ela não tenha aderido" (RE 432106, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 20/09/2011, DJe-210 DIVULG 03-11-2011 PUBLIC 04-11-2011 EMENTVOL-02619-01 PP-00177).

A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, da mesma forma, firmou entendimento de que: "as taxas de manutenção instituídas por associação de moradores não podem ser impostas a proprietário de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que fixou o encargo (Precedentes: AgRg no Ag 1179073/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 02/02/2010; AgRg no Ag 953621/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, DJe de 14/12/2009; AgRg no REsp 1061702/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho, Quarta Turma, DJe de 05/10/2009; AgRg no REsp 1034349/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe 16/12/2008) (AgRg nos EREsp 961927/RJ, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/09/2010, DJe 15/09/2010).

Ressalte-se que o mesmo Tribunal Superior em recente deliberação sob o rito dos recursos repetitivos, em questão relacionada a Loteamento Fechado assentou que:

> ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA - ART. 543-C DO CPC - ASSOCIAÇÃO DE MORADORES - CONDOMÍNIO DE FATO - COBRANÇA DE TAXA DE MANUTENÇÃO DE NÃO ASSOCIADO OU QUE A ELA NÃO ANUIU - IMPOSSIBILIDADE. 1. **Para efeitos do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese: "As taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou que a elas não anuíram"**. 2. No caso concreto, recurso especial provido para julgar improcedente a ação de cobrança. (REsp 1439163/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO BUZZI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/03/2015, DJe 22/05/2015).

Acesso ao Sumário

A liberdade de associação se sobrepõe ao eventual enriquecimento sem causa, decorrente dos serviços prestados, custeados pelos demais proprietários do loteamento, não podendo ser imposta a vinculação nos estatutos da associação civil.

Contudo, no presente caso há uma peculiaridade. Ainda que inadmissível a aplicação das disposições da Lei n. 13.465/2017, uma vez que o loteamento não foi constituído sob sua égide (Condomínio de Lotes), a Associação autora foi constituída pela própria requerida, proprietária do lote gerador do débito, constando expressamente do contrato padrão de Instrumento Particular de Compromisso de Venda e Compra, na cláusula 1ª, item I, letra "b" (fls. 81),

a filiação automática à Associação, com a obrigação de contribuir com a taxa mensal prevista no Estatuto.

É entendimento consolidado que: "I - A LEI 6.766/79, QUE TRATA DO PARCELAMENTO DO SOLO URBANO, NÃO VEDA O AJUSTE DAS PARTES NO TOCANTE A OBRIGAÇÃO DE CUSTEAR REDES DE ÁGUA E ESGOTO NOS LOTEAMENTOS, SENDO VÁLIDA, PORTANTO, CLÁUSULA CONTRATUAL QUE PREVEJA O REPASSE DOS CUSTOS DE TAIS OBRAS AOS ADQUIRENTES DOS LOTES. II - O QUE A LEI 6.766/79 CONTEMPLA, NO SEU ART. 26, SÃO DISPOSIÇÕES QUE DEVEM OBRIGATORIAMENTE ESTAR CONTIDAS NOS COMPROMISSOS DE COMPRA E VENDA DE LOTES, REQUISITOS MÍNIMOS PARA A VALIDADE DESSES CONTRATOS, O QUE NÃO SIGNIFICA QUE OUTRAS CLÁUSULAS NÃO POSSAM SER PACTUADAS. EM OUTRAS PALAVRAS, ALÉM DAS INDICAÇÕES QUE A LEI PRESCREVE COMO REFERÊNCIAS OBRIGATÓRIAS NOS CONTRATOS, PODEM AS PARTES, DENTRO DAS POSSIBILIDADES OUTORGADAS PELA LEI DE PACTUAR O LÍCITO, RAZOÁVEL E POSSÍVEL, CONVENCIONAR OUTRAS REGRAS QUE AS OBRIGUEM" (REsp 43.735/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 12/11/1996, DJ 14/04/1997, p. 12748).

O STJ em situações similares entende que não se aplica o que ficou decidido no julgamento do REsp nº 1.439.163/SP e do REsp nº 1.280.871/SP, sob o rito dos recursos repetitivos, como se colhe do REsp 1.422.859/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/11/2015, DJe 26/11/2015, assim ementado:

> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. TAXAS DE MANUTENÇÃO. ADMINISTRADORA DE LOTEAMENTO. SOCIEDADE EMPRESÁRIA. CAUSA DE PEDIR. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO CONTRATUAL. REGISTROS PÚBLICOS. LOTEAMENTO URBANO. CONTRATO-PADRÃO. POSTERIORES ADQUIRENTES. VINCULAÇÃO. OBRIGAÇÃO. FONTE NA LEI E EM CONTRATO. INSTITUIÇÃO DO ENCARGO. ATO. ADESÃO INEQUÍVOCA. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.
>
> 1. Na origem, trata-se de ação de cobrança proposta por sociedade empresária administradora de loteamento, contratada pelos proprietários/loteadores para a prestação de determinados serviços discriminados na avença, contra moradores dos lotes.
>
> 2. A Segunda Seção desta Corte, no julgamento do REsp nº 1.439.163/SP e do REsp nº 1.280.871/SP, processados sob o rito dos recursos repetitivos,

Acesso ao Sumário

sedimentou o entendimento de que "as taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou que a elas não anuíram". Para tanto, fundamentou-se principalmente nos seguintes pontos: (i) inviabilidade de cerceamento da liberdade de associação e (ii) impossibilidade da criação de obrigação que não tenha fonte na lei ou em contrato.

3. A situação fática dos autos é totalmente distinta daquela decidida nos autos do repetitivo porque (i) a autora não é associação de moradores, mas sim, sociedade empresária limitada prestadora de serviços de administração de loteamento e (ii) a causa de pedir está fundada no descumprimento de obrigação contratual existente entre as partes, e não em estatutos de associação civil ou no princípio constitucional da vedação do enriquecimento sem causa.

4. Por força do disposto na lei de loteamento, as restrições e obrigações constantes no contrato-padrão, depositado em cartório como condição para o registro do projeto de loteamento, incorporam-se ao registro e vinculam os posteriores adquirentes, porquanto dotadas de publicidade inerente aos registros públicos.

5. Tendo constado nas escrituras públicas de compra e venda dos lotes adquiridos pelos réus a ressalva de que os terrenos estariam sujeitos às condições restritivas impostas pelos loteadores por época do registro de loteamento, não há falar em falta de anuência. Há, ao contrário, adesão inequívoca ao ato que instituiu o encargo.

6. Recurso especial conhecido em parte e, na parte conhecida, não provido.

(REsp 1422859/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/11/2015, DJe 26/11/2015)

Não pode a apelante, instituidora do loteamento e da Associação, na qualidade de proprietária registral do lote, esquivar-se da obrigação de pagamento.

É assente o entendimento perante o Superior Tribunal de Justiça que: "as cotas condominiais, concebidas como obrigações propter rem, consubstanciam uma prestação, um dever proveniente da própria coisa, atribuído a quem detenha, ou venha a deter, a titularidade do correspondente direito real. Trata-se, pois, de obrigação imposta a quem ostente a qualidade de proprietário de bem ou possua a titularidade de um direito real sobre aquele. Por consectário, eventual alteração subjetiva desse direito, decorrente da alienação do imóvel impõe ao seu 'novo' titular, imediata e automaticamente, a assunção da obrigação pelas cotas condominiais (as vincendas, mas também as vencidas, ressalta-se), independente de manifestação de vontade nesse sentido. Reconhecida, assim, a responsabilidade do 'novo' adquirente ou titular de direito real sobre a

Acesso ao Sumário

coisa, este poderá, naturalmente, ser demandado em ação destinada a cobrar os correspondentes débitos, inclusive, os pretéritos, caso em que se preserva seu direito de regresso contra o vendedor (anterior proprietário ou titular de direito real sobre o imóvel)" (REsp 1440780/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 27/03/2015).

Assim, deve ser mantida a r. sentença por seus judiciosos fundamentos.

Pelo exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação, majorando-se os honorários advocatícios para 20%, nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005994-95.2017.8.26.0066, da Comarca de Barretos, em que é apelante JULIANA MIRANDA BOIA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada ASSOCIAÇÃO DE EDUCAÇÃO E CULTURA DO NORTE PAULISTA – FAFIBE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Converteram o julgamento em diligência, para os fins que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31515)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA (Presidente sem voto), PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR e WALTER BARONE.

São Paulo, 15 de outubro de 2018.

SALLES VIEIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO - EMBARGOS À EXECUÇÃO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS - AUSÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO - Apelante que menciona em suas razões de apelação fatos e decisões constantes dos autos da execução - Ausência das peças necessárias à compreensão da controvérsia - Novo Código de Processo Civil que inovou ao trazer expressamente o princípio da cooperação - Princípio da instrumentalidade das formas que também deve ser observado - Necessidade de que seja oportunizado à embargante o traslado das peças

Acesso ao Sumário

da execução, necessárias ao julgamento do recurso - Inteligência do art. 283, parágrafo único c.c. art. 932, parágrafo único, e art. 938, §1º, todos do atual CPC - Concessão de prazo para juntada das cópias dos autos de execução Conversão do julgamento em diligência, para cumprimento do disposto no art. 914, §1º, do CPC, no prazo de cinco dias, sob pena de não conhecimento.

VOTO

Apelo da embargante em face da r. sentença de improcedência proferida em embargos à execução.

Alega a apelante, preliminarmente, haver indevido cerceamento de defesa. No mérito, aduz não ter frequentado as aulas do curso, não sendo os serviços prestados. O ônus da prova deve ser invertido, para comprovação da prestação do serviço pela apelada. Ausentes certeza, liquidez e exigibilidade do título executivo. Requer o provimento do recurso, com a reforma da r. sentença, para julgar procedentes os embargos à execução (fls. 71/77).

Contrarrazões às fls. 81/93, pugnando pelo improvimento do recurso de apelação.

É o relatório.

Trata-se de embargos à execução, opostos pela apelante, em face de ação de execução que lhe move a apelada (fls. 01/06).

Em primeira instância, os embargos foram julgados improcedentes, com condenação da apelante nas custas e despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 18% sobre o valor da causa (fls. 65/69).

Contra esta decisão insurge-se a apelante.

A apelante menciona em sua petição inicial e nas razões de apelação documentos e fatos constantes dos autos da execução, porém, não há nestes embargos, cópia daqueles documentos.

Dispõe o art. 914, §1º, do atual CPC, que "**os embargos à execução serão distribuídos por dependência, autuados em apartado e instruídos com cópias das peças processuais relevantes, que poderão ser declaradas autênticas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal**".

No caso dos autos, não foram juntadas as cópias relevante na inicial dos embargos ou nas razões de apelo, bem como os autos da execução não estão apensados aos dos embargos.

Não obstante este relator entendesse, anteriormente, que competia ao apelante o traslado das peças da ação de execução, necessárias ao julgamento

do recurso de apelação, ante o disposto no art. 736, parágrafo único, c.c. art. 283 e 500, todos do ACPC, sob pena de não conhecimento, com o advento do Novo Código de Processo Civil, passa-se a admitir que seja dada oportunidade ao embargante de juntar as peças necessárias ao deslinde da controvérsia.

Isto porque o Novo Código de Processo Civil inovou ao trazer expressamente, em seu art. 6º, o princípio da cooperação, segundo o qual "**Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva**".

Somado a isso, para este novo entendimento, adota-se o princípio da instrumentalidade das formas, bem como o disposto no art. 283, parágrafo único c.c. art. 932, parágrafo único, e art. 938, §1º, todos do atual CPC.

"Art. 283. **O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais.**

Parágrafo único. **Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte.**"

"Art. 932. **Incumbe ao relator:**

Parágrafo único. **Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.**"

"Art. 938. **A questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo caso seja incompatível com a decisão.**

§1º **Constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes.**".

Ante o exposto, tratando-se de questão preliminar à apreciação do mérito recursal, converte-se o julgamento em diligência, para que a apelante cumpra o disposto no art. 914, §1º, do atual CPC, no prazo de cinco dias, sob pena de não conhecimento.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000077-51.2018.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante CAMILA MUNHOZ PEREIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado PAYPAL DO BRASIL SERVIÇOS DE PAGAMENTOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27617)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), SANDRA GALHARDO ESTEVES E CASTRO FIGLIOLIA.

São Paulo, 19 de outubro de 2018.

TASSO DUARTE DE MELO, Relator

Ementa: AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. Falha na prestação de serviço de intermediação de pagamentos pelo sistema "Paypal". Dever de indenizar os danos materiais configurado, ante a cláusula de proteção financeira em caso de não entrega da mercadoria. Danos morais não caracterizados. Ausência de demonstração de qualquer dano extraordinária à personalidade da Apelante. Fatos corriqueiros que não passaram de mero aborrecimento. Sentença mantida na íntegra. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 136/143) interposta por CAMILA MUNHOZ PEREIRA nos autos da ação de reparação de danos materiais e morais ajuizada em face de PAYPAL DO BRASIL SERVIÇOS DE PAGAMENTOS LTDA., contra a r. sentença (fls. 128/133) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 6ª Vara Cível da Comarca de Araraquara, Dr. João Roberto Casali da Silva, que julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar a Apelada a restituir à Apelante a quantia de R$ 1.126,00, rejeitada a pretensão de reparação de danos morais.

Acesso ao Sumário

Sustenta a Apelante, em suma, ter sofrido prejuízos e transtornos em razão da não entrega da mercadoria adquirida com a intermediação da Apelada; que seria grave a falha na prestação de serviços de intermediação de compra e venda de produtos *on line*; que a condenação da Apelada à reparação dos danos morais teria também por condão inibir a reiteração de condutas análogas; que a não entrega do produto, por si só, já seria suficiente para a configuração dos danos morais; que os fatos iriam além de mero aborrecimento, tendo em vista todo o esforço e tempo despendidos na tentativa de resolução amigável do conflito; que os valores deveriam ter sido devolvidos espontaneamente pela Apelada,

eximindo a Apelante de constrangimentos e infortúnios. Pede a reforma da r. sentença.

Contrarrazões pela manutenção da r. sentença (fls. 147/153).

Sem oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso não deve ser provido.

A matéria devolvida limita-se, tão somente, à reparação dos danos morais, já preclusa a sentença quanto à responsabilização solidária da Apelada e o seu dever de restituição dos valores pagos.

Não se discute responsabilidade objetiva da Apelada em restituir os valores despendidos pela Apelante, já que integra a cadeia de fornecedores e oferece aos seus clientes o chamado serviço proteção ao comprador.

Portanto, diante do insucesso do negócio realizado entre a Apelante e o vendedor da mercadoria, correta a condenação da Apelada à restituição dos valores.

Contudo, tais fatos não ocasionaram danos morais a Apelante, pois não foi demonstrada qualquer consequência extraordinária que tenha maculado a sua personalidade, mas tão somente aborrecimentos corriqueiros de um negócio mal sucedido, conforme bem ponderado pela r. sentença: "Está-se, em verdade, diante de situação que o aborrecimento por que passou a autora, não configurando humilhação, constrangimento ou dor moral a ser indenizada. Saliente-se que o mero aborrecimento e percalços cotidianos não geram o dever de indenizar."

Ou seja, não se verifica qualquer dano que fuja à normalidade, de forma a interferir intensamente na saúde mental da Apelante em decorrência de aflições, angústias e desequilíbrio do seu bem estar.

Neste sentido:

"Responsabilidade Civil - Indenizatória - Falha na prestação de serviços de intermediação de pagamentos - Danos materiais e morais. 1. Incontroversa a falha na prestação de serviços de intermediação de pagamentos da ré Paypal, há o dever de indenizar os danos materiais suportados pelo usuário do sistema. 2. Danos materiais. Dever de indenizar configurado, ante a cláusula contratual de proteção financeira que cobriria a despesa do usuário em caso de não entrega da mercadoria adquirida. 3. **Danos morais. A frustração da expectativa de utilização da mercadoria pretendida, por si só, não é apta a caracterização de danos morais, correspondendo a mero aborrecimento**. Ação parcialmente procedente. Recurso parcialmente provido para condenar a ré a restituir o valor de R$ 1.857,06 (mil, oitocentos e cinquenta e sete reais e seis centavos), ao autor, com correção monetária do desembolso e juros de mora legais a partir da citação. Sucumbência recíproca."

Acesso ao Sumário

(TJSP, Apelação nº 1012095-12.2017.8.26.0564, 21ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Itamar Gaino, j. em 10/05/2018) (destacamos)

"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RESSARCIMENTO C/C INDENIZAÇÃO - COBRANÇA INDEVIDA EM FATURA DE CARTÃO DE CRÉDITO - DÉBITO EM CONTA - DANO MORAL - NÃO CONFIGURADO - Não é qualquer inconveniente que enseja o dever de indenizar os danos morais - Os aborrecimentos e transtornos individuais são incapazes de repercutir na esfera subjetiva do indivíduo, a ponto de configurar dano moral - Sentença mantida - Apelo desprovido." (TJSP, Apelação nº 1010878-97.2014.8.26.0576, 12ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Jacob Valente, j. em 20/09/2016)

Correto, portanto, o julgamento de improcedência do pedido de reparação de danos morais.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso, mantida a r. sentença na íntegra, nos termos do art. 252 do RITJSP.

Eleva-se o percentual dos honorários fixados na origem em favor do advogado da Apelada para 15% sobre o valor da indenização rejeitada, nos termos do art. 85, § 11, do NCPC, ressalvado o benefício da justiça gratuita.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1027876-66.2017.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante BANCO BRADESCO FINANCIAMENTOS S/A, é apelada CLEONILDE MARIA DE JESUS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.956)**

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

São Paulo, 1º de novembro de 2018.

THIAGO DE SIQUEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação - Contrato bancário - Cédula de Crédito Bancário - Ação revisional, cumulada com consignação em pagamento - Procedência - Código de Defesa do Consumidor - Incidência - Súmula n. 297 do E. Superior Tribunal de Justiça - Encargos

financeiros - Capitalização de juros - É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória nº 1.963-17/2000 (em vigor como MP-2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada - A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada - Prevalecimento, no caso, da nova orientação acolhida pelo E. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n. 973.827-RS, processado nos termos do art. 543-C do CPC - Tarifas bancárias - Ausência de prova de sua cobrança pela instituição financeira - Ação que deve ser julgada improcedente - Recurso provido.

VOTO

A r. sentença (fls. 124/125), proferida pela douta Magistrada Renata Soubhie Nogueira Borio, cujo relatório se adota, julgou procedente a presente ação de revisão contratual cumulada com consignação em pagamento, ajuizada por CLEONICE MARIA DE JESUS contra BANCO BRADESCO FINANCIAMENTOS S/A, *para o fim de determinar o recálculo do saldo devedor, devendo ele ser reajustado ante o reconhecimento da ilegalidade do sistema de amortização e da cumulação de juros. Em liquidação de sentença, o saldo devedor será revisto pelo critério acima desde o início da contratação. Também deverão ser descontadas as taxas não previstas no contrato. Ante a sucumbência, o banco réu arcará com o pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios que fixo em 20% sobre o valor da causa*.

Irresignado, apela o réu, sustentando a ausência de abusividade contratual, eis que as cobranças foram respaldadas no instrumento contratual, livremente pactuado entre as partes. Diz que o contrato de adesão não tolhe a manifestação de vontade de uma das partes. Invoca a força obrigatória dos contratos. Se insurge contra o reconhecimento da capitalização de juros em razão de sua pactuação expressa, nos termos do REsp nº 973827. Aduz que a utilização da Tabela Price é consectário lógico da capitalização de juros para cálculo das parcelas fixas. Devendo a necessidade de afastamento da condenação em relação as tarifas argumentando que a r. sentença determinou sua exclusão caso tenham sido contratadas, o que é inócuo e, ainda, diz que, embora na inicial a autora tenha discorrido sobre as cobranças da TAC e TEC, referidas tarifas não foram cobradas no contrato em discussão, não havendo que se falar, pelo em

Acesso ao Sumário

restituição em dobro de referidas tarifas. Colaciona jurisprudência para embasar seus argumentos. Com prequestionamento da matéria, postula a reforma da decisão com a improcedência da ação.

Recurso recebido no duplo efeito e respondido.

É o relatório.

Cuida-se, no caso vertente de ação revisional cumulada com consignação em pagamento, visando a revisão do contrato de Cédula de Crédito Bancário nº 2947499672, firmada em 10.05.2016 (fls. 86/90).

Como a presente ação versa a propósito de contrato bancário firmado, inclusive, por pessoa física, é certo, por isso, que esta relação contratual sujeita-se também à aplicação do Código de Defesa do Consumidor, por força do disposto no seu art. 3º, § 2º, que considera serviço, para efeito de sua incidência, qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária.

Por ser aplicável no caso vertente o Código de Defesa do Consumidor, pode o juiz reconhecer a nulidade de cláusulas contratuais que se afiguram abusivas, eis que um dos direitos básicos do consumidor é o de proteção contra cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos ou serviços (relações de consumo), consoante se infere do disposto no art. 6º, inc. IV, de citado diploma legal, tendo este, inclusive, enumerado uma série destas cláusulas no seu art. 51, cujo rol não é exaustivo. É certo, igualmente, que o reconhecimento desta abusividade implica em nulidade de pleno direito da cláusula. Bem por isso, citado diploma legal também permite ao consumidor pedir a revisão do contrato, porquanto consagra a boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores como princípio básico das relações de consumo, além da proibição das cláusulas que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (arts. 4º, III e 51, IV).

Relativamente à capitalização de juros, contudo, importa verificar que cuida-se no caso vertente a propósito de cédula de crédito bancário, título este que, como é cediço, foi criado pela Medida Provisória nº 2.160-25, de 23.08.2001, vindo esta, por sua vez, a ser convertida na Lei nº 10.931, de 02.08.04, que no seu artigo 28 o considerou como título executivo extrajudicial, representando dívida líquida, certa e exigível.

Acesso ao Sumário

O parágrafo 1º, inciso I, de citado artigo, por sua vez, permitiu que em referido contrato poderão ser pactuados "*os juros sobre a dívida, capitalizados ou não, os critérios de sua incidência e, se for o caso, a periodicidade de sua capitalização, bem como as despesas e os demais encargos decorrentes da obrigação*".

Esta lei permitiu, portanto, que na Cédula de Crédito Bancário poderão ser pactuados juros capitalizados, o que também foi previsto no contrato em

questão ("V - 1 - Encargos Remuneratórios (juros da operação)", fls. 86).

Em face disso, é forçoso reconhecer que afigura-se cabível em relação a este contrato a cobrança de juros capitalizados, devendo incidir no caso vertente, por conseguinte, o entendimento da jurisprudência no sentido de que a capitalização somente é permitida nas operações regidas por leis especiais (Súmula n. 93 do E. S.T.J.).

Além disso, o E. Superior Tribunal de Justiça, ao julgar recurso especial interposto sob o rito repetitivo, nos termos do art. 543-C do CPC/73, relativo, também, a ação revisional de contrato bancário (Recurso Especial n. 973.827-RS), assim decidiu:

"*CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. AÇÕES REVISIONAL E DE BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM DEPÓSITO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. JUROS COMPOSTOS. DECRETO 22.626/1933 MEDIDA PROVISÓRIA 2.170-36/2001. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. MORA. CARACTERIZAÇÃO.*

1. A capitalização de juros vedada pelo Decreto 22.626/1933 (Lei de Usura) em intervalo inferior a um ano e permitida pela Medida Provisória 2.170-36/2001, desde que expressamente pactuada, tem por pressuposto a circunstância de os juros devidos e já vencidos serem, periodicamente, incorporados ao valor principal. Os juros não pagos são incorporados ao capital e sobre eles passam a incidir novos juros.

2. Por outro lado, há os conceitos abstratos, de matemática financeira, de 'taxa de juros simples' e 'taxa de juros compostos', métodos usados na formação da taxa de juros contratada, prévios ao início do cumprimento do contrato. A mera circunstância de estar pactuada taxa efetiva e taxa nominal de juros não implica capitalização de juros, mas apenas processo de formação da taxa de juros pelo método composto, o que não é proibido pelo Decreto 22.626/1933.

3. Teses para os efeitos do art. 543-C do CPC:

- 'É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17/2000 (em vigor como MP 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada.'

- 'A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada'.

4. Segundo o entendimento pacificado na 2ª Seção, a comissão de permanência não pode ser cumulada com quaisquer outros encargos remuneratórios ou moratórios.

Acesso ao Sumário

5. É lícita a cobrança dos encargos da mora quando caracterizado o estado de inadimplência, que decorre da falta de demonstração da abusividade das cláusulas contratuais questionadas.

6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido." (Rel. Ministro Luís Felipe Salomão - Rel. p/ Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti Segunda Seção DJe 24/09/2012).

A segunda tese acolhida em referido julgado significa que, na prática, os bancos não precisam incluir nos contratos cláusula com redação que expresse o termo "capitalização de juros" para cobrar a taxa efetiva contratada, bastando explicitar com clareza as taxas que estão sendo cobradas.

Este julgado referiu-se a financiamento de veículo em 36 prestações fixas do valor de R$ 331,83, com taxa de juros mensal nominal de 3,16% e anual efetiva de 45,25%, entendendo o demandante que o valor correto das prestações seria de R$ 199,72, com base no Decreto n. 22.626/33 (Lei da Usura). Segundo, porém, a Ministra Relatora, este decreto restringiu a capitalização para evitar que uma dívida aumente em proporções não previstas pelo devedor que tenha dificuldade em cumprir o contrato e na hipótese concreta, considerou que a contratação feita não poderia ser mais clara e transparente, com a estipulação de prestações com valores fixos e iguais e com menção à taxa mensal e à correspondente taxa anual efetiva, de modo que "*nada acrescentaria à transparência do contrato, em benefício do consumidor leigo, que constasse uma cláusula esclarecendo que as taxas mensal e anual previstas no contrato foram obtidas mediante método matemático de juros compostos*".

Restou assentado neste julgado, portanto, em suma, que é possível o cômputo de juros capitalizados em contratos bancários nos quais há previsão expressa nesse sentido. E aduziu que, para a configuração da contratação expressa de juros, basta a previsão de taxa anual superior ao duodécuplo da mensal.

O presente caso também deve ser solucionado de conformidade com esta tese que restou assentada perante o E. Superior Tribunal de Justiça, por cuidar-se aqui, como já dito, de Cédula de Crédito Bancário, no importe de R$ 38.000,00, a ser pago em 48 parcelas mensais de R$ 1.375,60, com incidência de taxa de juros efetiva de 2,17% ao mês e de 29,34% ao ano e custo efetivo total de 2,34% ao mês e 32,03% ao ano (fls. 88/89), sendo esta superior ao duodécuplo da mensal, tendo sido este contrato firmado, outrossim, em 10.05.2016, após a vigência da Medida Provisória n. 1963-17/2000.

Acesso ao Sumário

Vale citar a propósito, ainda, as recentes Súmulas do C. STJ:

É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31/3/2000 (MP 1.963-17/00, reeditada como MP 2.170-

36/01), desde que expressamente pactuada (Súmula 539).

A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada (Súmula 541).

Em face disso, deve prevalecer em casos como o presente este entendimento que restou acolhido pelo E. Superior Tribunal de Justiça.

Note-se, além disso, que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 592377/RS, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, sendo relator para acórdão o ministro Teori Zavascki, transitado em julgado em 16/04/2015, para efeitos do art. 543-B do Código de Processo Civil, firmou entendimento no sentido da constitucionalidade do artigo 5º da Medida Provisória n. 2.170-36, que autorizou a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.

A ementa desse julgado é a seguinte:

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

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

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

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

4- Recurso extraordinário provido.

É de se permitir, portanto, a cobrança de juros capitalizados com base no contrato firmado pelas partes.

No que diz respeito à cobrança de "tarifas", cumpre esclarecer que na fundamentação da inicial a autora se insurge contra referida cobrança, sem especificar a quais tarifas se refere e no pedido pleiteia o expurgo da TAC/TEC,

Acesso ao Sumário

além dos demais encargos de administração (emissão de carnê, etc) fls. 14/15.

Assim, a análise da pretensão inicial deve se restringir às tarifas especificadas pela autora, já que não se admite pedido genérico. Pois bem, sendo assim, nota-se no contrato de fls. 88 que tais tarifas não foram cobradas pela instituição financeira.

Inexistindo pactuação expressa de tais cobranças em suas cláusulas contratuais, bem como ausência de prova de sua cobrança, merece ser acolhida a pretensão recursal, afastando-se a condenação imposta a instituição bancária.

Conclui-se, por tais razões, que irresignação do réu merece ser acolhida, sendo de rigor a improcedência da ação, invertendo-se os ônus da sucumbência, observando-se a gratuidade processual concedida ao autor.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso do réu.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1049571-76.2017.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante YARA REGINA MARQUES YANAMAKA ME, é apelado NATALIA YAMANAKA MENDES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso apenas para anular a respeitável sentença. V.U." de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 27306)**

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

São Paulo, 1º de novembro de 2018.

ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO MONITÓRIA - PRODUÇÃO DE PROVA - CERCAMENTO DO DIREITO DE PRODUZIR PROVAS - Pretensão da autora de anular a r. sentença que acolheu os embargos monitórios - Cabimento - Hipótese em que a realização de outras provas se mostra necessária para demonstrar a existência do débito - Instrumentos de protesto e notas fiscais que eram suficientes para justificar a propositura da ação monitória,

especialmente considerando a existência de relação comercial entre as partes e o teor das conversas de whatsapp, que foram juntadas em réplica - Sentença proferida em primeiro grau que deve ser anulada - RECURSO PROVIDO.

VOTO

Irresignada com o teor da respeitável sentença de fls. 122-124, complementada às fls. 128, que acolheu os embargos monitórios opostos por Natalia Yamanaka Mendes, apela a autora, Yara Regina Marques Yamanaka (fls. 130-140).

Sustenta que o reconhecimento da conexão deveria ter implicado julgamento conjunto, com a prolação de uma única sentença, pois não podem ser atribuídos encargos da sucumbência em ambas as demandas, onerando excessivamente a apelante.

Alega que as notas fiscais, mesmo sem estarem acompanhadas de prova de entrega das mercadorias, eram suficientes para instruir a ação monitória proposta.

Afirma que, como a ré se defendeu negando o recebimento das mercadorias, seria necessário possibilitar a produção de provas em primeiro grau, mostrando-se precipitado o julgamento antecipado do mérito.

Contrarrazões às fls. 144-151.

Recurso bem processado.

É o relatório.

A preliminar de cerceamento do direito de produzir provas suscitada pela autora em seu recurso deve ser acolhida.

Com efeito, ausente definição legal quanto ao conceito jurídico de "prova escrita" necessária para a instrução da petição inicial de ação monitória, previsto no "*caput*", do art. 700 do CPC, a jurisprudência da Corte Superior vem admitindo que, para configurar essa prova, basta que se trate de documento que sinalize a existência da obrigação, seja ele unilateral, bilateral, uma pluralidade de documentos ou até mesmo documento emitido por terceiro:

> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. COBRANÇA PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DA CONCESSIONÁRIA. FATURA DE ENERGIA ELÉTRICA. DOCUMENTO HÁBIL AO MANEJO DO FEITO MONITÓRIO.
>
> 1. A Segunda Turma, na ocasião do julgamento do REsp 831760/RS, da relatoria da Ministra Eliana Calmon, decidiu que "é perfeitamente viável instruir ação monitória ajuizada por concessionária de energia elétrica com cópia de faturas para cobrança por serviços prestados,

sendo desnecessária, na hipótese, a assinatura do devedor." 2. Recurso especial provido.

(REsp 773.247/RS, **Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES**, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2008, DJe 06/10/2008)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. A DOCUMENTAÇÃO NECESSÁRIA PARA A ADMISSIBILIDADE TEM QUE SER IDÔNEA. APTA À FORMAÇÃO DO JUÍZO DE PROBABILIDADE ACERCA DO DIREITO AFIRMADO, A PARTIR DO PRUDENTE EXAME DO MAGISTRADO.

1. A prova hábil a instruir a ação monitória, a que alude o artigo 1.102-A do Código de Processo Civil não precisa, necessariamente, ter sido emitida pelo devedor ou nela constar sua assinatura ou de um representante. Basta que tenha forma escrita e seja suficiente para, efetivamente, influir na convicção do magistrado acerca do direito alegado.

2. Dessarte, para a admissibilidade da ação monitória, não é necessário que o autor instrua a ação com prova robusta, estreme de dúvida, podendo ser aparelhada por documento idôneo, ainda que emitido pelo próprio credor, contanto que, por meio do prudente exame do magistrado, exsurja o juízo de probabilidade acerca do direito afirmado pelo autor.

3. A Corte local, após minucioso exame da documentação que instrui a ação, apurou que os documentos são "mais que suficientes para atender aos requisitos da legislação processual para cobrança via ação monitória, pois servem como início de prova escrita" e que, "em cotejo com as duplicatas apresentadas, demonstram a liquidez e certeza da obrigação, independentemente do aceite", sendo correta "a conclusão do Juízo de 1º grau de que serviços foram prestados", só se concebe a revisão da decisão recorrida por meio do reexame de provas, vedado em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ).

4. Recurso especial não provido.

(REsp 925.584/SE, **Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO**, QUARTA TURMA, julgado em 09/10/2012, DJe 07/11/2012)

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. PROVA ESCRITA. JUÍZO DE PROBABILIDADE. CORRESPONDÊNCIA ELETRÔNICA. E-MAIL. DOCUMENTO HÁBIL A COMPROVAR A RELAÇÃO CONTRATUAL E A EXISTÊNCIA DE DÍVIDA.

1. **A prova hábil a instruir a ação monitória, isto é, apta a ensejar a determinação da expedição do mandado monitório - a que alude os artigos 1.102-A do CPC/1.973 e 700 do CPC/2.015 -, precisa demonstrar a existência da obrigação, devendo o documento ser escrito e suficiente para, efetivamente, influir na convicção do magistrado acerca do direito alegado, não sendo necessário prova robusta, estreme de dúvida, mas sim documento idôneo que permita juízo de probabilidade do direito afirmado pelo autor.**

2. O correio eletrônico (e-mail) pode fundamentar a pretensão monitória,

Acesso ao Sumário

desde que o juízo se convença da verossimilhança das alegações e da idoneidade das declarações, possibilitando ao réu impugnar-lhe pela via processual adequada.

3. O exame sobre a validade, ou não, da correspondência eletrônica (e-mail) deverá ser aferida no caso concreto, juntamente com os demais elementos de prova trazidos pela parte autora.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1381603/MS, **Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO**, QUARTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 11/11/2016; destaques nossos).

É oportuna a menção ao seguinte trecho do venerando acórdão que julgou o REsp 1381603/MS, cuja ementa foi acima transcrita:

"Ademais, para a admissibilidade da ação monitória, não é imprescindível que o autor instrua a ação com prova robusta, estreme de dúvida, podendo ser aparelhada por documento idôneo, ainda que emitido pelo próprio credor, contanto que, por meio do prudente exame do juiz, exsurja juízo de probabilidade acerca do direito afirmado" (fls.07).

No mesmo sentido, os seguintes precedentes deste Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo:

AÇÃO MONITÓRIA. Inépcia da petição inicial. Inocorrência. Ação instruída com nota fiscal, emails, instrumentos de protesto e demonstrativo de débito. Prova escrita, sem eficácia de título executivo. Inteligência do art. 700 do NCPC. Documentos que comprovam a prestação do serviço e a liquidez do débito. Título executivo judicial corretamente constituído pela r. sentença. Sentença mantida na íntegra. Recurso não provido.

(TJSP. Apelação nº 1021953-41.2016.8.26.0002, **Rel. Des. Tasso Duarte de Melo**, 12ª Câmara de Direito Privado, j. 09/03/2018).

MONITÓRIA. REQUISITOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. 1. Apesar de o contrato celebrado entre as partes não se encontrar assinado pela ré, consta um "e-mail" dela para a autora dando-se por ciente dos seus termos, sem ressalvas. Além de "diários da obra" registrando a execução dos serviços. Documentos mais do que suficientes para embasar a pretensão monitória (art. 700, CPC). 2. O preço ajustado constou expressamente da proposta e do contrato. 3. E não trouxe a ré aos autos o menor indício da propalada renegociação para redução do preço pactuado. 4. Recurso não provido.

(TJSP. Apelação nº1003819-91.2015.8.26.0198, **Rel. Des. Melo Colombi**, 14ª Câmara de Direito Privado, j.06/03/2018).

CERCEAMENTO DE DEFESA - Ação monitória - R. sentença que entendeu ausente o interesse processual pois a inicial não teria vindo acompanhada com os documentos a informar a ocorrência dos fatos a que se refere e vínculo entre as partes, bem como ponderou que a nota fiscal eletrônica que se pretende ver constituída em título executivo, não comporta a pretensão, e julgou extinto o processo sem julgamento

Acesso ao Sumário

do mérito - Alegação de que a inicial contém todos os pressupostos processuais, que os documentos juntados demonstram ao menos indícios dos fatos que narrou, e que o cerne da questão é a prestação de serviço, cuja comprovação depende da fase instrutória - Cabimento - A nota fiscal eletrônica não veio sozinha, pois os e-mails apresentados pelo apelante demonstram tratativa entre as partes para a realização de serviços de panfletagem de duzentos milheiros, no importe de R$ 6.000,00 - A prestação dos serviços veio a ser confirmada pelo teor dos e-mails juntados pela recorrida - Nessa correspondência, recusa-se a pagar por três milheiros de impressos, por estes terem sido jogados em terreno baldio e afirma não ter sido o primeiro problema encontrado, questionando a quantidade a ser distribuída, pois não mais se interessava em continuar com a execução do serviço - Assim, distintamente à conclusão judicial, o valor estampado na nota fiscal eletrônica ganha força, pois ao contrário do alegado pelo recorrido, houve a execução do serviço, pelo menos de forma parcial, e ainda que a parte executada não tenha sido integralmente satisfatória - Assim sendo, a ausência de produção da prova testemunhal conduz à nulidade pretendida pelo apelante por cerceamento de defesa, pois embora incontroverso que houve a realização de parte da prestação de serviços, deve-se buscar pelos meios possíveis a extensão em que ocorrida - R. sentença, anulada - Recurso provido determinando-se que as partes apresentem o rol de testemunhas no prazo de quinze dias a contar da publicação deste acórdão, com observação quanto à necessidade de realização de prova oral. Dispositivo: Dão provimento ao recurso para anular a r. sentença, determinando-se que as partes apresentem o rol de testemunhas no prazo de quinze dias a contar da publicação deste acórdão, com observação quanto à necessidade de realização de prova oral.

(TJSP. Apelação nº 0050541-44.2011.8.26.0554, **Rel. Des. Ricardo Negrão**, 19ª Câmara de Direito Privado, j. 22/02/2016).

AÇÃO MONITÓRIA - Patrocínio em evento de gala - Inadimplemento - Celebração do contrato por pessoa que pertenceu aos quadros societários de pessoa jurídica e que atuava em seu nome - Responsabilidade solidária - Legitimidade passiva manifesta - Provas nos autos que atestam as tratativas havidas, bem como a discussão acerca do inadimplemento, por intermédio de e-mail - Testemunhas, ademais que destacaram ter a sócia tomado parte em jantar de gala promovido pela embargada, na qual foi distribuído material de publicidade da empresa - Sentença mantida - Recurso desprovido e, por ser a sentença publicada já na vigência do NCPC, são majorados os honorários advocatícios de 10% para 15% do valor da condenação (art. 85, § 11, do NCPC). (TJSP. Apelação nº 1124276-58.2015.8.26.0100, Rel. **Des. Mendes Pereira**, 15ª Câmara de Direito Privado, j. 25/07/2018).

Apelação Cível. Ação Monitória - contrato de compra e venda de mercadorias, materializado em notas fiscais e duplicatas mercantis por

Acesso ao Sumário

indicação, além de e-mails trocados entre as partes. Recurso do réu. Ausência de prova escrita hábil a ensejar a propositura da monitória. Inocorrência. Documentos que demonstram a existência de relação jurídica entre as partes. Prova escrita suficiente à propositura da monitória. Ausência de alegação de que as mercadorias não tenham sido entregues. Presunção de que a entrega ocorreu, que, na espécie, está corroborada pelos e-mails trocados entre as partes para tentativa de acordo para quitação da dívida. Termo inicial dos juros de mora e da correção monetária. Data de vencimento da dívida. Inteligência do artigo 397 do Código Civil. Sentença Mantida. Recurso Improvido. Honorários advocatícios majorados para 15% do valor atualizado da condenação (art. 85, §11, do CPC).

(TJSP. Apelação nº0003983-72.2015.8.26.0457, **Relª. Desª. Cristina Medina Mogioni**, 12ª Câmara de Direito Privado, j.11/12/2017).

MONITÓRIA - Instrumento de confissão de dívidas sem assinatura, mas corroborado pelos e-mails trocados entre as partes, de onde de depreende tratativas para composição amigável acerca da ausência de repasses das transações com cartão magnético (débito e crédito) intermediada pelas rés - Embargos rejeitados, com constituição de título executivo judicial em favor da credora - Insurgência pelas rés - Descabimento - Responsabilidade que é manifesta e que restou corroborada pela prova produzida nos autos - Arguição de ilegitimidade de parte que não vinga, na medida que a autora firmou contrato com as rés e não com a CIELO - Documentos trazidos que comprovam a existência e regularidade da dívida, sendo, portanto, hábeis ao manejo de ação monitória (art. 700/ CPC) - Procedência mantida - Honorários recursais arbitrados em 10% sobre o valor do débito - Aplicação do art. 85, §§1º, 2º e 11, CPC - Recursos desprovidos.

(TJSP. Apelação nº1091994-98.2014.8.26.0100, **Rel. Des. Jacob Valente**, 34ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, j. 14/11/2017).

MONITÓRIA. EMPRÉSTIMO. E-mails. Documentos hábeis à propositura da demanda. Inteligência do artigo 1102a, do Código de Processo Civil. Documento eletrônico, ademais, que foi complementado por outras provas documentais e, também, por prova oral. Sentença mantida. Apelação não provida.

(TJSP. Apelação nº 0104088-03.2011.8.26.0100, **Rel. Des. Jairo Oliveira Júnior**, 15ª Câmara de Direito Privado, j. 08/06/2016).

E, de fato, os documentos apresentados pela autora e que instruem a sua petição inicial, consistentes em instrumentos de protesto, que somam R$13.483,68 (fls. 14-21), e notas fiscais que somam R$13.483,67 (fls. 22-24), indicam suficientemente a existência de relação jurídica entre as partes e de débito referente à aquisição de produtos cosméticos.

Descabido o argumento de que, pela falta de documentos referentes à

Acesso ao Sumário

comprovação da entrega das mercadorias, não poderia a autora pretender a cobrança de seu crédito.

De fato, para a *execução* de duplicata é necessário o preenchimento de determinados requisitos impostos pela lei e que variam conforme a modalidade de aceite praticado.

Ensina **Fábio Ulhoa Coelho** que:

"*Finalmente, em relação ao* ***aceite por presunção****, quando o comprador não assina a duplicata, retendo-a ou devolvendo-a, mas recebendo as mercadorias adquiridas,* ***a constituição do título executivo depende da reunião dos seguintes elementos:***

A) **protesto cambial** *- a duplicata deve ser protestada, seja com exibição do título, seja por indicações. No primeiro caso, a cártula é elemento constitutivo do título executivo, devendo ser acompanhada do respectivo instrumento de protesto; no segundo caso, somente o instrumento de protesto será elemento do título executivo; e*

B) ***comprovante de entrega da mercadoria*** *- a constituição do título executivo, na hipótese de aceite por presunção, compreende, obrigatoriamente, a prova escrita de recebimento da mercadoria pelo comprador*".

(Manual de Direito Comercial, 24 ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 340, sem destaques no original).

Como se observa, a própria constituição do título executivo depende da existência dos comprovantes de entrega das mercadorias (ou recebimento do serviço) e do protesto cambial.

Entretanto, **não se trata aqui de execução de duplicatas, mas de ação monitória**, em que a autora pretende obter um título executivo judicial referente às aquisições de produtos cosméticos.

Ficou evidenciada a existência de relação comercial e familiar entre as partes, o que não é negado por elas.

A ré apenas nega que seja devedora dos montantes exigidos pela autora, porque já teria realizado o pagamento referente a todos os produtos adquiridos, abandonando a relação comercial.

Contudo, além de constatar que os negócios eram marcados pela informalidade e desorganização de ambas as partes, conclui-se que a ré não demonstrou a realização de pagamentos que excluam o crédito afirmado pela autora.

E de outro lado, tendo a ré negado o recebimento das mercadorias constantes das notas fiscais de fls. 22-24, observa-se que também a autora não demonstrou a existência de seu crédito, ônus que lhe cabia.

Constou da fundamentação invocada pelo d. juiz de primeiro grau que os documentos apresentados pela autora, inclusive as conversas de *whatsapp*, não

Acesso ao Sumário

são suficientes para demonstrar a existência da dívida.

E realmente cabia à autora o ônus de demonstrar a existência do seu crédito, fato constitutivo do direito por ela alegado, nos termos do artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil.

Contudo, a produção de mais provas se mostrava pertinente e relevante, diante da controvérsia instaurada.

Destaque-se que as conversas trocadas por aplicativo de mensagens parecem mesmo indicar a existência de ao menos uma parte do débito, referente aos instrumentos de protesto de fls. 14 e 18-21.

Há trecho em que a autora faz um levantamento da dívida em aberto e menciona a emissão de cinco boletos exatamente nos mesmos valores (fls. 114), ao que a ré assente e afirma: "*Assim fica bom para mim é pra vc tbm*" (fls. 115).

É certo, pois, que as questões não ficaram plenamente esclarecidas, não tendo sido oportunizado às partes a produção de outras provas após a apresentação da réplica e redistribuição do processo, em razão da conexão.

Dessa forma, em que pese o entendimento do i. magistrado sentenciante, o processo comportava ainda dilação probatória, mostrando-se equivocado o julgamento antecipado do mérito.

O d. magistrado singular buscou fundamentar seu julgamento na prova contida nos autos do processo; entretanto, julgou o processo com base na distribuição do ônus probatório (CPC, art. 373, inciso I).

A utilização da distribuição do ônus da prova como regra de julgamento não se coaduna com a abreviação da fase instrutória.

A esse respeito, confira-se o seguinte julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECONHECIMENTO DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA DO EXECUTADO ANTE O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE E A IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA, SEM O DEFERIMENTO DA REALIZAÇÃO DA PROVA PERICIAL PREVIAMENTE REQUERIDA. INVERSÃO DO JULGADO QUE DEMANDARIA AMPLA DILAÇÃO PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 07 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO DESPROVIDO. 1. O Tribunal a quo asseverou que, **a partir do momento que o juiz reconhece que o feito está apto para julgamento antecipado, não pode, de modo contraditório, julgar antecipadamente a lide, concluindo pela improcedência dos pedidos com base na ausência de provas**. 2. Esta Corte possui orientação de que embora seja permitido o indeferimento do pedido de produção de prova para se julgar antecipadamente a lide, não é aceitável que a condenação

Acesso ao Sumário

assente-se exatamente na falta da comprovação do direito que se pretendia provar, **sob pena de contrariedade ao direito de defesa e ao art. 330 do CPC** (REsp. 1.228.306/PB, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 18.10.2012) [...] 5. Agravo Regimental do Estado de Pernambuco desprovido (AgRg no AREsp 47.339/PE, **Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**, PRIMEIRA TURMA, j. 16.04.2013, destaques nossos).

No caso em exame, o julgamento antecipado do mérito tornou irremediavelmente nula a r. sentença apelada; o processo não estava em condições de julgamento e tem a apelante o direito de produzir as provas necessárias para demonstrar o fato constitutivo do seu direito.

Diante de todo o exposto, **dá-se parcial provimento** ao recurso apenas para **anular a respeitável sentença**, a fim de que seja viabilizada em primeiro grau a produção de provas por ambas as partes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000994-75.2018.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ZURICH SANTADER BRASIL SEGUROS S/A, é apelado COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ - CPFL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36447)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA (Presidente), HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO E RAMON MATEO JÚNIOR.

São Paulo, 5 de novembro de 2018.

ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RECURSO - Apelação - "Ação regressiva de ressarcimento de danos" - Insurgência contra a r. sentença que julgou liminarmente improcedente a demanda, ante o reconhecimento de prescrição - Admissibilidade parcial - Pretensão da apelante que está fundada em seu direito de sub-rogação nos direitos do segurado, na forma do artigo 786 do CC e Súmula

188 do STF - Correta aplicação do prazo prescricional quinquenal, previsto no artigo 27 do CDC, relativo a relação jurídica originária - Diante da sub-rogação, operada à partir do pagamento da indenização ao segurado, o termo inicial do prazo prescricional deve se dar à partir do referido pagamento - Hipótese em que o pagamento da indenização ocorreu em 28/01/2013, tendo a demanda sido ajuizada em 10/01/2018 - Prescrição não configurada - Extinção prematura - Devido ao julgamento liminar do feito, sem a citação da parte contrária ou regular instrução probatória, não é possível o julgamento do mérito, na forma do artigo 1.013, § 3º, do CPC/2015 - Sentença anulada, para determinar o regular prosseguimento do feito - Recurso parcialmente provido, com determinação.

VOTO

1) Cuida-se de "ação regressiva de ressarcimento de danos" (folhas 01/28), julgada liminarmente improcedente, ante o reconhecimento de prescrição (folhas 129/130), cujo relatório fica adotado.

A apelação é de ZURICH SANTANDER BRASIL SEGUROS S/A (folhas 132/150).

Em síntese, alega que a r. sentença merece reforma, sob o argumento de que o ressarcimento em discussão se lastreia no disposto no artigo 27 do CDC, que prevê o prazo prescricional de cinco anos, contados à partir da data da sub-rogação, que de acordo com o artigo 786 do Código Civil, ocorre com o pagamento da indenização.

Afirma tendo efetuado o pagamento da indenização em 29/01/2013, não ocorreu a prescrição do direito ao ressarcimento dos valores indenizados, já que a demanda foi ajuizada em 10/01/2018.

Aduz que a interpretação da norma deve observar os limites impostos pelo sistema constitucional, e que restando incontroversa a sub-rogação da apelante nos direitos do consumidor segurado, deve ser aplicado o prazo prescricional relativo a relação jurídica originária, prevista no artigo 27 do CDC, conforme precedentes jurisprudenciais colacionados.

Por fim, requer a reforma da r. sentença, para afastar o reconhecimento da prescrição, e julgar procedente a ação, considerando que a presente causa está madura e devidamente instruída. Colaciona precedentes jurisprudenciais em folhas 154/208.

Distribuídos os autos à este Desembargador Relator (folhas 212), foi

Acesso ao Sumário

determinada a citação da parte contrária, nos termos do artigo 332, § 4º, do CPC. E nos termos dos artigos 1º e 2º da Resolução 549/2011 do Órgão Especial deste Tribunal, as partes foram intimadas sobre o julgamento virtual (folhas 213/214).

Todavia, a carta de citação retornou negativa, conforme aviso de recebimento em folhas 217.

Conforme decisão em folhas 213, foi determinado que a serventia certifique se houve manifestação das partes acerca do julgamento virtual (folhas 219).

Em atendimento ao determinado, foi certificado que não houve manifestação acerca do julgamento virtual (folhas 214).

Recurso regularmente processado e preparado (folhas 151/152).

É o relatório.

2) A análise dos autos revela que em 10/01/2018 a Seguradora apelante ajuizou "ação regressiva de ressarcimento de danos" (folhas 01/28), sob o argumento de que em 13/11/2012, a unidade consumidora do segurado "Irineu Luiz Maia" foi afetada por um distúrbio elétrico, proveniente da rede de distribuição da apelada, que ensejou danos aos bens eletroeletrônicos do segurado, e o pagamento de indenização na data de 28/01/2013, no valor total de R$ 7.167,69 (sete mil, cento e sessenta e sete reais e sessenta e nove centavos), conforme documentos em folhas 71/118.

Sobreveio a r. sentença (folhas 129/130), que julgou liminarmente improcedente a demanda, com fundamento no artigo 332, parágrafo primeiro, do CPC, ante o reconhecimento do decurso do prazo prescricional, previsto no artigo 27 do CDC, contado à partir da data do sinistro.

Daí a irresignação da apelante, que comporta parcial provimento.

Inicialmente é oportuno observar que, ainda que o direito perseguido pela apelante se dê em razão da sub-rogação nos direitos do segurado, na forma do artigo 786 do Código Civil e Súmula 188 do STF, o nobre magistrado de primeiro grau reconheceu a correta aplicação do prazo prescricional relativo a relação jurídica originária, que no caso vertente está prevista no artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor.

Com efeito, dispõe o artigo 27 do CDC que:

"Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria."

Entretanto, respeitado o entendimento do nobre magistrado de primeiro grau, apesar do citado dispositivo consignar que a contagem do prazo prescricional se dá à partir do conhecimento do dano e de sua autoria, considerando que nos

Acesso ao Sumário

termos do artigo 786 do Código Civil, a Seguradora apelante se sub-rogou nos direitos do segurado à partir do pagamento da indenização, a contagem do prazo prescricional deve se dar à partir do referido pagamento.

Sobre o tema, anote-se o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCADORIA. PERDA TOTAL DO BEM SEGURADO. CULPA DO TRANSPORTADOR. AÇÃO DE REGRESSO. SEGURADORA. PRAZO PRESCRICIONAL ANUAL. SÚMULA Nº 151/STF. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO. (...) 2. Discute-se nos autos, em essência, o termo inicial do prazo prescricional para que a seguradora, em ação regressiva, pleiteie o ressarcimento do valor pago ao segurado por danos causados à mercadoria no decorrer do transporte marítimo. 3. Ao efetuar o pagamento da indenização ao segurado em razão de danos causados por terceiros, a seguradora sub-roga-se nos direitos daquele, podendo, dentro do prazo prescricional aplicável à relação jurídica originária, buscar o ressarcimento do que despendeu, nos mesmos termos e limites que assistiam ao segurado. 4. No caso de não se averiguar a relação de consumo, observa-se o prazo prescricional de 1 (um) ano para propositura de ação de segurador sub-rogado requerer do transportador marítimo o ressarcimento por danos causados à carga, nos termos da Súmula nº 151/STF e do art. 8º, caput, do Decreto-Lei nº 116/1967. 5. **O termo inicial do prazo prescricional para seguradora sub-rogada propor ação de regresso é a data do pagamento integral da indenização ao segurado**. Precedentes. 6. Embargos de declaração de fls. 731/736 não conhecidos. Recurso especial conhecido e não provido." (REsp 1297362 / SP, Relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA STJ, J. 10/11/2016). (Destaques do Relator)

Portanto, considerando que o prazo prescricional quinquenal, previsto no artigo 27 do CDC, deve ser contado à partir do pagamento integral da indenização ao segurado, e que no caso dos autos o referido pagamento ocorreu em 28/01/2013, conforme comprovante de transferência bancária em folhas 115, não se verifica a consumação da prescrição, ante o ajuizamento da demanda em 10/01/2018 (folhas 01).

Dessa forma, restando evidente a não consumação da prescrição, é de rigor a anulação da r. sentença, que se revela prematura, devendo ser determinado o regular prosseguimento da demanda, até seus ulteriores termos.

Nesse sentido, já decidiu esta Colenda Corte:

"Ação Regressiva - Contrato de seguro - Prestação de serviços - Energia elétrica - Preliminares alegadas em contrarrazões - Ilegitimidade passiva -

Acesso ao Sumário

Prescrição - Nexo causalidade - Danos a equipamentos elétricos. Preliminares alegadas em contrarrazões. Ilegitimidade passiva. Afastamento. Fornecimento de energia elétrica que é realizado pela ré. Responsabilidade pela falha na prestação do serviço oferecido. Legitimidade da ré para figurar no polo passivo da demanda reconhecido. Prescrição. Afastamento. A pretensão condenatória lastreada no fato do serviço pode ser deduzida no prazo de cinco anos, consoante artigo art. 27 do CDC, uma vez caracterizada relação de consumo. Dentro do prazo prescricional aplicável à relação jurídica originária, a seguradora sub-rogada pode buscar o ressarcimento do que despendeu com a indenização securitária. Paga a indenização securitária, a seguradora se sub-roga nos direitos de seus segurados e faz jus ao reembolso da importância despendida para reparação do dano a equipamentos elétricos, decorrente de falha na prestação dos serviços da ré na regulação da tensão de sua rede de distribuição de energia. Dever de indenizar configurado, ante a prova de ocorrência do dano e do nexo de causalidade, inexistindo a comprovação de circunstância dirimente de responsabilidade. Ação procedente. Recurso provido." (AP 1065079-07.2017.8.26.0100, Relator Des. Itamar Gaino, Órgão julgador: 21ª Câmara de Direito Privado TJSP, J. 02/04/2018).

"PRESCRIÇÃO - Agravo de instrumento - Ação regressiva de ressarcimento - Danos a bens de propriedade de segurados em razão de oscilação de energia elétrica - Regresso da seguradora contra a concessionária - Reconhecimento parcial da prescrição, por decurso de prazo trienal - Inocorrência - Sub-rogação do segurador nos mesmos direitos e ações que competiam ao segurado - Art. 786 do CC - Relação de consumo entre segurada e concessionária - Pretensão a ser exercida no prazo previsto na legislação consumerista - Art. 27 do CDC - Prazo quinquenal - Prescrição não configurada - Decisão reformada para afastar o decreto de extinção - RECURSO PROVIDO." (AI 2030640-59.2017.8.26.0000, Relator Des. Spencer Almeida Ferreira, Órgão julgador: 38ª Câmara de Direito Privado TJSP, J. 29/06/2017).

Por fim é oportuno observar que, tendo a presente demanda sido julgada liminarmente improcedente, na forma do artigo 332, § 1º, do CPC/2015, sem que tivesse ocorrido a citação da parte contrária, tampouco a regular instrução probatória, não é possível o julgamento do mérito da demanda, na forma do artigo 1.013 do CPC/2015, § 3º, do CPC/2015.

Mediante tais considerações, anula-se a r. sentença da lavra do eminente magistrado, Doutor SANG DUK KIM, a fim de afastar o reconhecimento da prescrição, e determinar o regular prosseguimento do feito, até seus ulteriores termos.

3) Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, com determinação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002199-48.2015.8.26.0229, da Comarca de Hortolândia, em que é apelante JOSÉ FÁBIO SANTOS DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada PORTO SEGURO ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 17794)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente sem voto), DANIELA MENEGATTI MILANO e JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA.

São Paulo, 5 de novembro de 2018.

CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA, Relatora

Ementa: APELAÇÃO - Ação de restituição de valores cumulada com pedido indenizatório - Consórcio de bem imóvel - Desistência - Pleito de recebimento imediato dos valores pagos e indenização por dano moral oriundo de fraude no sorteio - Pedidos parcialmente acolhidos - Pedido de reforma - Impossibilidade - Devolução de parcelas pagas em até trinta dias, após o encerramento do grupo - Matéria objeto do Recurso Especial Repetitivo nº 1.119.300/RS, julgado em 14.04.2010 - Precedentes desta Colenda Câmara - Sentença mantida - Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **José Fábio Santos de Souza**, em face da r. sentença de fls. 253/257, proferida pela MM. Juíza da 1ª Vara Cível da Comarca de Hortolândia, nos autos de ação de restituição de valores (parcelas de cota de consórcio de bem imóvel) ajuizada em face da **Porto Seguro Administradora de Consórcios Ltda.**, que acolheu parcialmente os pedidos iniciais para rescindir o contrato celebrado entre as partes e condenar a ré a restituir o montante pago pelo autor em até 30 dias após o encerramento do consórcio, descontada a taxa de administração, taxa de adesão e seguro de vida,

acrescido de correção monetária e juros de mora de 1% a contar do 30º dia após o encerramento do grupo.

Inconformado, apela o autor pleiteando a reforma do decidido. Sustenta, em síntese, a integral e imediata devolução dos valores. Aduz, ainda que eventual disposição contratual em sentido contrário constitui manifesta abusividade, conforme preconiza o artigo 51, incisos II e IV, do CDC. Pleiteia, ao final, a reforma da r. sentença, com a procedência dos pedidos formulados na exordial (fls.259/269).

Recurso tempestivo e regularmente processado nos termos da lei.

A requerida ofereceu contrarrazões, pugnando pela manutenção da r. sentença (fls.278/293).

É o relatório.

Conheço do recurso, haja vista a presença dos pressupostos de admissibilidade, porém, nego-lhe provimento.

Trata-se de ação ordinária com pedido de restituição imediata de parcelas (cota de consórcio de bem imóvel), insurgindo-se o autor em face da r. sentença de parcial provimento.

Segundo consta dos autos, o autor adquiriu as cotas de consórcio nº 836305 e 852558, para aquisição de bem imóvel, tendo efetuado pagamento de algumas parcelas, no importe total de R$25.667,16. Afirmou que, em virtude de dificuldades financeiras, houve por bem cancelar o consórcio e obter a devolução do montante investido.

Com efeito, a matéria relacionada à devolução de parcelas pagas ao desistente antes do encerramento do grupo de consórcio fora pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.119.300/RS, de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, processado sob o rito do art. 543-C do CPC:

> "**RECURSO ESPECIAL REPTIVO. JULGAMENTO NOS MOLDES DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESO CIVL. CONSÓRCIO. DESITÊNCIA. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS PELO CONSORCIADO. PRAZO. TRINTA DIAS APÓS O ENCERAMENTO DO GRUPO. 1. Para efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil: é devida restituição de valores vertidos por consorciado desistente ao grupo de consórcio, mas não de imediato, e sim em até trinta dias a contar do prazo previsto contratualmente para o encerramento do plano. 2. Recurso especial conhecido e parcialmente provido**". (STJ - REsp: 1119300 RS 2009/0013327-2, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 14/04/2010, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 27/08/2010)

Acesso ao Sumário

Trata-se, também, do posicionamento consolidado nesta Colenda Câmara: "**CONSÓRCIO. Automóvel. Desistência. Restituição dos valores das parcelas pagas acrescidos de correção monetária. Legalidade da cláusula inserida em contrato de consórcio de veículo que posterga a restituição dos valores pagos por consorciada desistente a momento posterior ao encerramento do grupo. Jurisprudência consolidada do C. Superior Tribunal de Justiça neste sentido. Matéria sedimentada em função de julgamento submetido ao regime de recurso repetitivo. Pedido inicial julgado improcedente. Sentença mantida. Recurso improvido**". (Relator(a): João Camillo de Almeida Prado Costa; Comarca: Tupã; Órgão julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 01/02/2016; Data de registro: 04/02/2016).

"**CONSÓRCIO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE CONTRATUAL CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER, RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Desistência - Pleito de restituição imediata das parcelas pagas - Contrato firmado após a Lei nº. 11.795/2008 - Necessidade de observância ao direito de reembolso no momento da contemplação da cota correspondente - Cogência dos arts. 22, 30 e 31 da referida Espécie Normativa - Taxa de administração que pode ser retida pela administradora, no percentual contratado - A taxa de administração corresponde à remuneração da administradora, decorrente da formação, organização e administração do grupo de consórcio - Possibilidade da cobrança do seguro, que não se refere ao bem, mas ao crédito em benefício do grupo - Impossibilidade da cobrança de multa relativa a eventuais prejuízos ou danos ao grupo de consórcio - Danos morais indevidos - Não comprovação de quaisquer constrangimentos ou abalo moral ou de crédito, ou ainda exposição do autor a situação constrangedor - Recurso parcialmente provido**". (Relator(a): Mario de Oliveira; Comarca: São José do Rio Preto; Órgão julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 26/10/2015; Data de registro: 29/10/2015).

"**Apelação - Consórcio - Ação de rescisão contratual c.c. indenização - Sentença de parcial acolhimento dos pedidos - Irresignação procedente - Hipótese analisada como desistência, tal como assentado na sentença sem recurso do autor - Prazo para restituição de valores - Data da contemplação (conforme pedido recursal) ou trinta dias a contar do encerramento do grupo - Aplicação do entendimento firmado em procedimento de recursos especiais repetitivos de que é paradigma o julgado proferido em REsp. 1.119.300/RS - Correção de valores - Negócio celebrado sob a égide da Lei 11.795/08 - Necessidade**

Acesso ao Sumário

de observância do critério estabelecido no art. 30 daquele diploma - Juros de mora - Incidência desde a data em que a restituição se torne exigível - Indenização por danos morais incabível, por não se vislumbrar ilícito no proceder da administradora de consórcios. Apelação a que se dá provimento". (Relator(a): Ricardo Pessoa de Mello Belli; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 10/08/2015; Data de registro: 28/08/2015).

Além disso, não há se falar em abusividade do regulamento nesse ponto, porquanto possibilitar que todos os consorciados desistentes recebam, imediatamente, os valores pagos resultaria no rompimento da solidariedade existente em tal espécie contratual, prejudicando os demais consumidores.

Nesse passo, considerando-se que a desistência do consórcio decorreu de mero arrependimento, não prospera o pedido de restituição imediata das parcelas e os juros moratórios passam a ser devidos a partir do 31º dia, subsequente ao encerramento do grupo e não a partir da r. sentença.

Por derradeiro, majoro os honorários advocatícios do patrono do réu para 15% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, §11, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, por meu voto, **nego provimento** ao recurso interposto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004937-36.2016.8.26.0047, da Comarca de Assis, em que é apelante JOSÉ APARECIDO TALACHI, é apelada IRACI ALVES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26502)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SOUZA LOPES (Presidente) e JOÃO BATISTA VILHENA.

São Paulo, 8 de novembro de 2018.

PAULO PASTORE FILHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA - Nota promissória - Penhora de parte do plantel de vacas leiteiras - Presunção não ilidida de dívida contraída em benefício da família, razão pela qual o

patrimônio do casal responde pela dívida - Penhora que de nenhum modo malferiu o estabelecido no art. 833, V, do Código de Processo Civil, uma vez que a embargante poderá prosseguir na atividade de produtora de leite - Sentença de acolhimento dos embargos de terceiro modificada - Recurso provido.

VOTO

Acresça-se ao relatório da r. sentença proferida a fls. 289/294 que foram acolhidos os embargos de terceiro opostos pela apelada, para o fim de tornar insubsistente a penhora realizada na execução que o apelante promove em face de Aparecido Durvalino Alves, incidente sobre vinte e sete vacas leiteiras, matrizes da raça girolanda.

Entendeu a r. decisão que a apelada é mulher do devedor e está provado que as vacas pertencem a ela, não tendo havido demonstração de que a dívida objeto da execução tivesse sido contraída em benefício da família, além do que, sendo ela produtora de leite, as vacas constituem bens necessários ao exercício de sua profissão e, como tal, na forma do art. 833, inciso V, do Código de Processo Civil, são impenhoráveis.

A decisão também concedeu tutela de urgência para a devolução das vacas penhoradas e bezerros destas paridos, em vinte e quatro horas.

O apelante pretende a reforma da decisão (fls. 355/366), argumentando que a MM. Juíza *a quo* não poderia de ofício reconhecer a impenhorabilidade dos bens sem que fosse dada oportunidade para manifestação, o que não ocorreu em nenhum momento, além do que a impenhorabilidade de vacas leiteiras não está abrangida pelo estabelecido no art. 833, inciso V, do Código de Processo Civil.

Aduz que a apelada possui rebanho acima de noventa cabeças e, portanto, não está impedida de exercer a profissão de produtora leiteira, e que ela e o devedor são casados em comunhão de bens, de modo que era ela quem deveria comprovar ter seu marido contraído obrigação que não beneficiou a família.

Volta-se também contra a tutela de urgência concedida de ofício.

A apelada ofereceu contrariedade (fls. 401/412), sustentando, em primeiro lugar, que a apelação é intempestiva e, depois, que a r. sentença merece ser mantida, uma vez que a MM. Juíza *a quo* bem apreciou a questão.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo no tocante à concessão da tutela de urgência, consistente na devolução imediata dos animais, e no duplo efeito quanto às demais matérias questionadas.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Diante do recebimento do recurso fica prejudicada a análise da objeção de julgamento do mérito suscitada pela apelada.

Não fosse isso, o prazo para o recurso de apelação deve ter computado o seu termo inicial após a decisão proferida nos embargos de declaração e não antes da interposição destes.

Quanto ao mérito, o recurso merece provimento.

Em primeiro lugar, a execução em face do marido da apelada está fundada em nota promissória por ele emitida, não se tratando, portanto, de obrigação de favor, como é o aval e, por isso, estabelece a presunção de que a obrigação foi contraída para o giro de seus negócios e, portanto, com o objetivo de beneficiar o próprio devedor e, por extensão, sua família.

Cabia à apelada, portanto, o ônus de demonstrar que seu marido agiu de forma abusiva ou inconsequente e que a dívida contraída de nenhum modo buscou o benefício da família.

A lei, ao estabelecer que a nota promissória é título executivo, deixa implícito que não é necessária a indagação sobre a causa da emissão, pelo que não está o credor obrigado a declinar a origem da dívida; todavia, este fato, respeitado o entendimento adotado pela r. sentença, não é causa para presumir que a dívida assumida pelo marido da embargante não beneficiou a família.

Por sua vez, a penhora realizada não malferiu o estabelecido no art. 833, V, do Código de Processo Civil, uma vez que não foi penhorada a totalidade das vacas pertencentes à apelada que, por isso mesmo, poderá prosseguir no fornecimento de leite.

Claro que poderá haver diminuição da quantidade de fornecimento; contudo, a apelada não estará impedida de continuar na sua atividade e, portanto, a redução deve ser encarada como consequência do inadimplemento da dívida e do exercício da execução contra o devedor renitente.

Diante destas considerações, a hipótese é de rejeição absoluta dos embargos de terceiro e, em consequência, de reconhecimento da eficácia da penhora realizada.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso, para o fim de se rejeitar os embargos de terceiro promovidos pela apelada e proclamar a legalidade e eficácia da penhora, invertendo-se o ônus da sucumbência, inclusive quanto ao percentual arbitrado a título de honorários advocatícios.

Levando-se em conta o estabelecido pelo art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, fica a apelada condenada ao pagamento de honorários recursais, ora arbitrados em 10% sobre o valor da execução.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1007651-72.2017.8.26.0066, da Comarca de Barretos, em que é apelante JOSÉ CARLOS DE ALMEIDA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada TELEFÔNICA BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37441)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SOUZA LOPES (Presidente sem voto), AFONSO BRÁZ e PAULO PASTORE FILHO.

São Paulo, 21 de novembro de 2018.

IRINEU FAVA, Relator

Ementa: APELAÇÃO - Ação declaratória de inexistência de débito - Inscrição junto ao SPC/Serasa - Sentença de parcial procedência - Reconhecimento de inexistência de débito, sem condenação ao pagamento de indenização por danos morais - Recurso do autor - Pedido de indenização por danos morais - Impossibilidade - Existência de prévia anotação negativa em seu nome - inteligência da súmula 385, C. STJ - Sentença mantida - Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 124/126, que julgou parcialmente procedente a ação declaratória de inexistência de débito ajuizada pelo apelante **JOSÉ CARLOS DE ALMEIDA** em face da apelada **TELEFÔNICA BRASIL S/A**.

Em síntese, o apelante aduz que faz jus à indenização por danos morais, pois, segundo discorre, a negativação indevida de seu nome importa ilegalidade. Aduz que não ao tempo da propositura do feito não possuía outra anotação negativa, razão pela a qual a Súmula 385 do C. STJ não deve ser aplicada ao caso em tela. Pleiteia a condenação da parte contrária ao pagamento de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), a título de danos morais. Requer o provimento de seu recurso a fim de que a r. sentença seja reformada (fls. 129/138).

Recurso tempestivo e respondido (fls. 142/150), anotada a concessão dos benefícios da justiça gratuita ao apelante (fls. 19/20).

Acesso ao Sumário

É O RELATÓRIO.

Trata-se de ação declaratória de inexistência de débito ajuizada pelo apelante em face da apelada Telefônica Brasil S/A.

O apelante informa que, embora não tivesse qualquer relação jurídica com a ré, teve seu nome negativado por esta, em razão de um débito no valor de R$ 138,23.

Oportunizada às partes a produção de provas, restou demonstrado que o débito perquirido pela ré não tinha base fática, razão pela qual fora declarado inexigível pelo MM. Juiz *a quo* na sentença de fls. 124/126.

Em que pese o magistrado sentenciante ter declarado a inexigibilidade do débito em discussão, deixou de condenar a requerida ao pagamento de danos morais, pois, conforme fundamentou, o autor já possuía outra anotação negativa em seu nome.

Irresignado, o autor interpôs o presente recurso a fim de que a r. sentença fosse reformada, condenando a empresa ré ao pagamento de indenização por danos morais.

Pois bem.

Muito embora a alegação trazida pelo apelante, seu recurso não merece provimento.

Conforme se extrai das fls. 107/108, o autor, ao tempo da anotação indevida feita pela ré, já tinha pendente outro débito no cadastro de maus pagadores.

Ora, ao tempo da anotação feita pela ré (01/04/2016), pendia a anotação lançada pela empresa "FIDC NP. PCG Brasil Multicarteira Curitiba", cuja inclusão se deu em 10/12/2014 e somente fora excluída em 04/04/2017.

Deste modo, ante o expresso na Súmula 385, do C. STJ, incabível a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais, visto que preexistente anotação negativa no nome do autor. Eis o que dispõe a referida súmula:

> "Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento."

Neste sentido, uma vez que existia prévia restrição no nome do autor, não há que se cogitar a indenização perquirida. Em outras palavras, não se vislumbra qualquer razão para a alteração da r. sentença combatida, devendo ela ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Por fim, ante a sucumbência dos apelantes, majoram-se os honorários advocatícios ao patamar de R$ 1.400,00, nos termos do art. 85, § 11, CPC.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, com majoração dos honorários advocatícios.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1008534-89.2017.8.26.0269, da Comarca de Itapetininga, em que é apelante/apelado BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A, são apelados/apelantes PAULO TEODORO DE ARRUDA (JUSTIÇA GRATUITA) e BENEDITA MACHADO GOMES ARRUDA (JUSTIÇA GRATUITA).

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 do requerido e deram provimento ao recurso dos autores. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30303)**

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

São Paulo, 22 de novembro de 2018.

ROBERTO MAC CRACKEN, Relator

Ementa: Ação de Indenização - Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor - Saques e empréstimos indevidos. Fraude que é risco inerente à atividade empresarial desenvolvida pelo requerido. Falha operacional ou de segurança caracterizada. Responsabilidade objetiva. Teoria do risco. Indenizações pelos danos morais e materiais devidos. Recurso do requerido não provido.

Ação de Indenização. Majoração e Redução do Dano moral. Ante os elementos fáticos demonstrados nos autos, bem como se pautando nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, o valor da indenização por danos morais deve ser majorado para R$ 30.000,00 (trinta mil reais). Recurso dos autores provido e recurso do requerido não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face do teor da r. sentença de fls. 106/111, que julgou procedente a ação, julgando procedente a ação para "... a) DECLARAR inexistentes os contratos de empréstimos nº 00330017320000520450, no valor de R$ 8.350,00 e nº 00330017320000521090, no valor de R$ 2.581,00; b) CONDENAR o requerido a pagar aos autores a

importância de R$ 8.568,42 (oito mil, quinhentos e sessenta e oito reais e quarenta e dois centavos) referente ao valor indevidamente utilizado da conta dos autores, acrescidos de juros e correção monetária a contar de cada desembolso e juros de mora desde a citação; c) CONDENAR o requerido a proceder a devolução de todos os débitos decorrentes das operações fraudulentas realizadas na conta dos autores, a ser apurado em liquidação de sentença, acrescidos de juros e correção monetária a contar de cada desembolso e juros de mora desde a citação; d) CONDENAR o requerido a pagar aos autores a importância de R$ 9.540,00 (nove mil, quinhentos e quarenta reais) a título de danos morais, acrescido de correção monetária pelos índices do INPC e juros de mora de 1% ao mês, a contar da data desta sentença. Condeno a parte ré a arcar com as despesas e custas processuais, assim como pelos honorários advocatícios, estes que arbitro em 10% sobre o valor da condenação, nos termo do art. 85 do CPC. ...”

Irresignado, insurge-se o requerido pugnando, em síntese, pela reforma da r. sentença. Argumenta que a questão poderia ter sido resolvida administrativamente. Que as transações foram realizadas mediante utilização de catão e validação de senha, cuja guarda é de responsabilidade exclusiva do cliente. Que houve a devolução dos valores retirados da conta não havendo dano moral por um incidente causado pelos próprios autores. Aduz sobre a inexistência de irregularidades e indícios de fraude. Alega sobre o exercício regular de direito, excludente de responsabilidade por fato de terceiro, inocorrência de danos materiais e morais. Que houve mero aborrecimento. Por fim, que a indenização do dano moral não tem função punitiva.

Os autores recorrem adesivamente pleiteando a majoração do dano moral.

Contrarrazões às fls. 155/165 e 174/177.

Recurso devidamente processado e respondido.

É o relatório, ao qual se acresce, para todos os fins próprios, o da r. sentença recorrida.

A princípio, a alegação de que a controvérsia poderia ter sido resolvido no âmbito administrativo deve ser rejeitada, tendo em vista que o pedido administrativo perante o requerido não é pré-requisito obrigatório para propositura da presente demanda judicial, além do mais, deve prevalecer o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Ademais, irrelevante a ausência de pedido administrativo de ressarcimento do dano, já que desnecessário o esgotamento da via administrativa.

No mérito, perfeitamente aplicável a inversão do ônus da prova, nos termos do artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor, mesmo porque, existe verossimilhança nas alegações apresentadas pelos autores, os quais, não foram refutadas efetivamente pelo requerido e, mormente, ante manifesta hipossuficiência dos autores apelantes, pois, tal elemento decorre

Acesso ao Sumário

não da fragilidade financeira, mas sim, da inexistência de conhecimento técnico do produto ou serviço colocado à disposição do consumidor pelo fornecedor, em especial acerca de seu *modus operandi*, meios de controle, segurança etc. Nesse sentido, o Ilustre e Douto Desembargador Rizzatto Nunes tece o seguinte entendimento, a saber:

> **"A vulnerabilidade, como vimos, é o conceito que afirma a fragilidade econômico do consumidor e também técnica. Mas hipossuficiência, para fins da possibilidade de inversão do ônus da prova, tem sentido de desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital e/ou intrínseco, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo e o dano, das características do vício etc."**

Assim, registre-se que, sob a égide da Lei Consumerista e pelo que dos autos consta, é possível afirmar que o Banco apelado responde pelo defeito na prestação do serviço, independentemente da existência de culpa (art. 14, CDC), ou seja, mesmo que não tenha colaborado diretamente para a ocorrência do evento danoso responderá pelo dano daí advindo, a não ser que comprove a culpa exclusiva do consumidor, o que, no caso, inexistiu.

Destaque-se que, entre outros direitos básicos do consumidor, está a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, conforme disposto no artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor.

O serviço é defeituoso, nos termos do §1º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, permitindo a ocorrência de danos que, em razão das circunstâncias, não existindo medidas para o fim de evitar prejuízos, como o ocorrido no caso em tela. Sendo que, o fornecedor, no caso o Banco apelado, responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados ao consumidor pelos defeitos decorrentes à prestação do serviço, de acordo com o artigo 14º, *caput*, do mesmo Diploma Legal.

Destaque-se que "**A jurisprudência do STJ vem se orientando no sentido de ser desnecessária a prova de abalo psíquico para a caracterização do dano moral, bastando a demonstração do ilícito para que, com base em regras de experiência, possa o julgador apurar se a indenização é cabível a esse título.**" (REsp nº 1.109.978-RS, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. 01/09/2011).

Desta forma, não se olvida da aplicação do Código de Defesa do Consumidor na presente demanda, tanto que, consagrando tal fato, o E. Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 297 que dispõe: "*O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.*".

Ao caso em tela deve ser aplicado a Teoria do Risco Profissional, conforme

Acesso ao Sumário

bem fundamentado no v. Acórdão de relatoria do Ilustre e Douto Desembargador Helio de Faria, no recurso de Apelação nº 0000479-74.2015.8.26.0581, julgado em 02.05.2017, o qual se utiliza como razão de decidir, que bem deixou registrado que: "*... a Teoria do Risco Profissional, segundo a qual em decorrência das atividades empresariais exercidas pelo réu, ao disponibilizar determinados serviços aos consumidores, fica obrigado a suportar os riscos que advierem de sua conduta, independentemente da aferição do elemento subjetivo culposo para a caracterização da responsabilidade civil. ... Não se nega que é do cliente da instituição financeira o dever de zelar pela guarda do cartão magnético, assim como da senha de acesso. Poder-se-ia enveredar pelo campo da exclusão da responsabilidade por culpa exclusiva da vítima, ante o dever de guarda. Não se pode olvidar, porém, que é pela conveniência que as instituições financeiras disponibilizam ao cliente setores de autoatendimento, com o que têm economia com recursos humanos, manutenção de postos e agências. E, no caso, autora não forneceu senha, obtendo o terceiro por outro meio, por prática delituosa comumente conhecida por 'chupa cabra', que permite a captação de dados do correntista que recém utilizara o caixa eletrônico. Tal modalidade de obtenção de senhas pessoais em caixas de autoatendimento não é novidade e decorre da falha operacional ou de segurança do banco. ...*"

Na verdade, deve ser registrado que, nos dias de hoje, ainda mais se observadas as regras de experiência comum, a ação de terceiros fraudadores no interior de agências bancárias ou em terminais de caixas eletrônicos tornou-se uma prática constante atingindo todos os consumidores. O fato é que, atualmente, com a utilização de terminais de caixas eletrônicos, sem a devida segurança, fiscalizações e orientações, todos os consumidores encontram-se expostos a situações que favorecem a ação de fraudadores, configurando a responsabilidade pelo vício do serviço.

Além do mais, o Banco é depositário de dinheiro de seus clientes e se permite que uma máquina opere em seu nome, entregando à sua clientela o valor depositado sempre solicitado, tem a instituição financeira obrigação de garantir a segurança necessária para que a operação bancária seja efetuada sem qualquer risco ao consumidor.

Acesso ao Sumário

O que se vê, no entanto, é um total descaso e desinteresse por parte das instituições financeiras, quanto à questão da segurança, pois, dentro ou fora do expediente bancário, não disponibilizam qualquer tipo de pessoas especializadas para orientar ou manter a segurança de quem se utiliza de terminais de caixas eletrônicos, o que é, como toda certeza, inadmissível. Nesse sentido: "***INDENIZAÇÃO - CAIXA ELETRÔNICO SEGURANÇA - RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇAO BANCÁRIA. A responsabilidade das instituições bancárias e o dever de indenizar estendem-se aos caixas eletrônicos, devendo aquelas cuidar para que o local seja adequado***

à realização de operações financeiras com segurança."[1]; "***DANOS MORAIS - INDENIZAÇÃO - CAIXA ELETRÔNICO SEGURANÇA - RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇAO BANCÁRIA. A responsabilidade das instituições bancárias e o dever de indenizar estendem-se aos caixas eletrônicos, devendo aquelas cuidar para que o local seja adequado à realização de operações financeiras, com segurança. A obrigação de indenizar se assenta nos pressupostos da demonstração da conduta culposa do agente, da existência do dano efetivo e do nexo de causalidade entre o comportamento do agente e o resultado lesivo.***"[2]; ***"RESPONSABILIDADE CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. BANCOS. CONTA CORRENTE. INDEVIDAS RETIRADAS. PROVA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. QUANTUM. 1. Embora tenha havido equívoco do cartório por não juntar rol de testemunhas tempestivamente protocolado pela autora, a mesma não se insurgiu no momento adequado, permitindo a preclusão da matéria. Preliminar rejeitada. 2. Alegação de que o saque efetuado na conta corrente da autora não teria sido de sua autoria, mas por equívoco ou fraude do banco. Responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços (art.14, do CDC). Fatos de difícil averiguação, mas que, diante das regras da experiência comum, militam em favor da tese apresentada pela requerente. Existência de inúmeras reclamações análogas junto ao PROCON. Boa-fé da demandante que se presume, não restando elidida pela parte adversa. Falha no serviço caracterizada diante da insegurança no sistema eleito pelo banco. Dever de indenizar 2. Danos materiais. Correspondem ao valor indevidamente descontado. 2. Danos morais. Correspondendo a quantia sacada em aproximadamente 50% dos vencimentos mensais da requerente, mostra-se óbvia a angústia enfrentada por aquela diante das despesas ainda a saldar no decorrer do período. Abalo emocional caracterizado pela negativa do gerente em solver a questão, sendo que não houve qualquer resposta à missiva enviada ao banco. 3. Quantum. Valor que deve guardar consonância com o normalmente deferido por esta câmara em casos que envolvem má prestação de serviços por parte de instituições bancárias. Apelo parcialmente provido." (TJRS - Apelação Cível nº 70005796701, julgada em 06/11/03, rel. Des. Luiz Lúcio Merg)***.

Além disso, a alegação de "fato de terceiro" (ainda que fosse provado pelo Banco apelante, o que, *in casu*, não foi) não afasta suas responsabilidades, conforme entendimento sumulado do Colendo Superior Tribunal de Justiça, a qual se aplica à instituição apelante:

> "**As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados**

1 TJMG - Apelação nº 2.0000.00.372506-2/000(1) - Rel. Des. Eulina do Carmo Almeida - Data de publicação do Acórdão: 20/11/2002.

2 TJMG - Apelação nº 2.0000.00.469605-7/000(1) - Rel. Des. Afrânio Vilela - Data de publicação do Acórdão: 30/10/2004.

Acesso ao Sumário

por terceiros no âmbito de operações bancárias." (STJ, Súmula 479).

O banco, apesar de existir efetiva relação de consumo, não fez qualquer prova no sentido de que presta seus serviços com segurança ou que toma as cautelas devidas para que seus clientes possam efetuar suas transações de forma adequada, o que não é admissível, uma vez que, como dito, não prestou serviços com a devida qualidade e com a necessária segurança.

Ademais, não se olvida que o cliente bancário tem que guardar o sigilo de seus dados, mas, tal situação não deve ser reconhecida como meio hábil a ensejar sua culpa exclusiva pelo evento danoso, pois, na verdade, se existisse efetiva segurança nos locais onde se encontram os terminais de caixas eletrônicos tais fraudes teriam sua ocorrência dificultada ou até mesmo impossibilitada, o que gera o dever de indenizar os danos materiais, já que também não impugnados de forma específica, bem como os danos morais pela indevida retirada de valores da conta bancária da apelante. Nesse sentido: "***APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. SAQUE INDEVIDO EM CONTA-CORRENTE. ARTIGO 14 DO CDC. Nos termos da legislação consumerista, cumpre à instituição financeira demonstrar a regularidade do fornecimento de serviços. Exegese dos conceitos de vulnerabilidade e hipossuficiência. Inexistente prova em sentido contrário, presumem-se indevidos os saques realizados na conta-corrente do consumidor. Inviável a incidência de encargos após o último saque regular. Reconhecido o direito ao encerramento da conta-corrente. Vedada a inscrição do nome da consumidora nos cadastros de inadimplentes em decorrência do contrato em litígio. DERAM PROVIMENTO AO APELO.***"[3] (os grifos não constam da original).

Ainda mais, também competia ao Banco apelado comprovar eventuais excludentes de sua responsabilidade, ônus processual esse do qual também não se desincumbiu. Nesse sentido: "***INDENIZAÇÃO - RELAÇÃO DE CONSUMO - TRANSFERÊNCIA INDEVIDA DE VALOR DA CONTA CORRENTE DO AUTOR PARA CONTA DE TERCEIRO - CULPA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE - ÔNUS DO FORNECEDOR - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - DEVER DE INDENIZAR - DANO MORAL - FIXAÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO. Na ação de indenização por dano moral, diante da imposição pelo Código de Defesa do Consumidor da responsabilidade objetiva, que dispensa a prova da conduta culposa do ofensor, para que implique no dever de indenizar, exige-se tão-somente ter comprovada a existência, por aquele que pretende a reparação, dos danos sofridos e do nexo causal, cabendo ao fornecedor, para que seja afastado seu dever de indenizar, comprovar as excludentes de sua responsabilidade, ou seja, a culpa exclusiva do consumidor ou do terceiro***

Acesso ao Sumário

3 TJRS - Apelação nº 70019538248 - Rel. Des. José Francisco Pellegrini. Data de publicação do acórdão: 07/08/2007.

a quem imputa o dano. Cumpre atentar na avaliação reparadora dos danos morais, em cada caso, para as condições sociais e econômicas da vítima e do ofensor, o grau de dolo ou culpa presente na espécie, bem como a extensão dos prejuízos morais sofridos pela vítima, tendo em conta a dupla finalidade da condenação, de punir o seu causador, de forma a desestimulá-lo à prática futura de atos semelhantes e a de compensar o ofendido pelo constrangimento que indevidamente lhe fora imposto, evitando, sempre, que o ressarcimento se transforme numa fonte de enriquecimento injusto ou que seja inexpressivo ao ponto de não retribuir o mal causado pela ofensa."[4] (os grifos não constam da original).

Desse modo, evidente que o demandado tem responsabilidade objetiva pelas falhas na prestação do serviço bancário (artigos 3º, §2º e 14, ambos do Código de Defesa do Consumidor), respondendo pelos danos materiais ocasionados.

Por fim, quanto ao dano moral, no caso em apreço, os autores tiveram saques em conta corrente e empréstimos realizados, em razão da falha na prestação de serviços prestados pelo requerido, fato suficiente para ensejar a condenação por danos morais.

Registre-se que, sob a égide da Lei Consumerista e pelo que dos autos consta, é possível afirmar que o requerido responde pelo defeito na prestação do serviço, independentemente da existência de culpa (art. 14, CDC), ou seja, mesmo que não tenha colaborado diretamente para a ocorrência do evento danoso responderá pelo dano daí advindo, a não ser que comprove a culpa exclusiva do consumidor, o que, no caso, inexistiu.

Também, não há falar em excludente de responsabilidade por culpa exclusiva dos autores, eis que o Banco poderia ter produzido provas de modo a demonstrar que o saque fora realizado pelos próprios autores, bastando para isso trazer aos autos a gravação das câmeras de segurança instaladas no local dos fatos.

Destarte, a especificada negativa prestação de serviço perpetrada pelo Banco apelado configura o denominado dano *in re ipsa*, que não necessita de provas da ocorrência do dano, bastando a existência do fato ensejador do prejuízo, no caso, os saques indevidos e a formalização de empréstimos.

Portanto, pelo todo retratado, com o devido respeito, o recurso do Banco não merece provimento, uma vez que ausente comprovação pelo requerido, bem como falha na prestação do serviço, configurando-se o dano moral.

No que se refere ao pleito de majoração do dano moral, com o devido respeito, merece provimento o pedido dos autores.

Nesse contexto, com o devido respeito, tratando-se falha na prestação

4 TJMG - Apelação nº 2.0000.00.340304-1/000(1) - Rel. Des. Duarte de Paula. Data de publicação do acórdão: 06/10/2001.

de serviços, a indenização por danos morais deve ser majorada para R$ 30.000,00 (trinta mil reais), considerando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Registre-se que a condenação merece ser imposta levando-se em conta todos os atos e fatos descritos no presente processo, bem como eventuais condutas dos autores do dano visando a sua respectiva reparação ou sua minimização, pois, desta forma, não ensejará a possibilidade de enriquecimento sem causa de uma das partes em detrimento da outra, bem como em efetiva observância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Nesse sentido:

> "**... - O valor da indenização deve ser fixado sem excessos, evitando-se enriquecimento sem causa da parte atingida pelo ato ilícito. Recurso especial provido em parte**"[5].
>
> "**... 2. O valor indenizatório do dano moral foi fixado pelo Tribunal com base na verificação das circunstâncias do caso e atendendo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Destarte, há de ser mantido o *quantum* reparatório, eis que fixado em parâmetro razoável, assegurando aos lesados justo ressarcimento, em incorrer em enriquecimento sem causa...**".[6]
>
> **"A fixação do valor da indenização a título de danos morais deve ter por base os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando-se em consideração, ainda, a finalidade de compensar o ofendido pelo constrangimento indevido que lhe foi imposto e, por outro lado, desestimular o responsável pela ofensa a praticar atos semelhantes no futuro." (TJMG - Apelação nº 1.0145.05.278059-3/001(1) - Rel. Des. Elpídio Donizetti - Data de publicação do Acórdão).**

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, em v. Acórdão relatado pelo Douto e Culto Ministro Luís Felipe Salomão, decidiu que:

> "**AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. PRECEDENTES. 1. Esta Corte, em casos de inscrição indevida em órgão de proteção ao crédito, tem fixado a indenização por danos morais em valor equivalente a até cinquenta salários mínimos. Precedentes. 2. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO**." (AgRg no Ag 872.469/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/05/2010, DJe 17/05/2010).

Portanto, r. sentença recorrida merece pequeno reparo somente para que seja majorado o valor do dano moral, devendo, no mais, ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

5 STJ - REsp nº 698772/MG.

6 STJ - REsp 797836/MG.

Acesso ao Sumário

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso do Banco e dá-se provimento ao recurso dos autores. Os honorários advocatícios são majorados para 12% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, §11, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004980-56.2018.8.26.0320, da Comarca de Limeira, em que é apelante ITAÚ UNIBANCO S/A, é apelado JCMCH LIMEIRA SERVIÇOS TEMPORÁRIOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.346)**

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

São Paulo, 23 de novembro de 2018.

ALBERTO GOSSON, Relator

Ementa: AÇÃO DE REVISÃO DE CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO ENVOLVENDO ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE, DENOMINADO (CAIXA RESERVA - AVAL). CONSTATAÇÃO DE QUE A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA APELANTE NÃO SE ADEQUOU AOS PARÂMETROS FIXADOS NO CONTRATO PARA AS HIPÓTESES DE RENOVAÇÃO, COBRANDO JUROS REMUNERATÓRIOS ALÉM DA TAXA MÉDIA DIVULGADA PELO BACEN PARA OPERAÇÕES SEMELHANTES. DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL QUE PREVIA TAL VINCULAÇÃO. RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Vistos,

ITAÚ UNIBANCO S/A apela (fls. 337/343) da respeitável sentença de

fls. 332/335, que nos autos da ação revisional que lhe move **JCMCH LIMEIRA SERVIÇOS TEMPORÁRIOS LTDA.** julgou a demanda parcialmente procedente "para determinar a revisão do negócio, incidindo, a partir de 8/2016 e até seu cancelamento, as taxas de juros informadas pelo réu ao Bacen, específicas do negócio em análise, apurando-se eventual saldo devedor e valores pagos em excesso, com a restituição do indébito de modo simples, com a correção pela tabela prática do TJSP desde cada desembolso e os juros legais desde a citação, tudo na fase de liquidação de sentença e autorizada a compensação. O réu arcará com as custas e os honorários de 15% sobre o excesso apurado. Oportunamente, arquive-se".

O apelante defende a legalidade dos juros remuneratórios cobrados, a pretexto de que estes refletiriam a taxa média do Bacen e que no caso a taxa de juros decorreu de "uma série de estudos diretamente ligados ao dever de diligência e cautela na concessão de crédito, com vistas a preservar a solidez das próprias instituições, bem como a higidez de todo o sistema" (fls. 338). Vai além dizendo que "as taxas médias de mercado divulgadas pelo BACEN somente servem de parâmetro para os clientes e não como taxas fixas, a ser praticada por todas as instituições financeiras" (fls. 339). Pede que a apelada arque com toda a sucumbência.

Recurso tempestivo, preparado (fls. 345) e respondido (fls. 349/355).

É o relatório do essencial.

O Contrato de Cédula de Crédito Bancário envolvendo Abertura de Crédito em Conta Corrente, denominado (Caixa Reserva - Aval) previu taxa de juros de 3% a.m., correspondendo a 42,57% a.a., com capitalização de juros em periodicidade mensal.

A cláusula 3.8. assinala que o banco colocaria à disposição do cliente planilha de cálculo com informações, dentre as quais a taxa dos juros aplicados no período de cálculo e o valor total dos encargos cobrados no período de cálculo (fls. 40).

Já a cláusula 8.1, em negrito, enfatiza que "Os Devedores Solidários concordam com a renovação do limite até o valor indicado no subitem 1.3 ou até o valor limite aumentado conforme previsto o subitem 3.4 e que os valores utilizados após a renovação estejam sujeitos à taxa de juros equivalente, no máximo, a maior taxa informa pelo Itaú ao Banco Central do Brasil, na data da renovação, para operação desta mesma natureza" (fls. 41).

Em que pese a ambiguidade da redação da cláusula, parece razoável interpretá-la no sentido de que o apelante estaria se balizando pela taxa média divulgada pelo Banco Central do Brasil, para as hipóteses de renovação, não havendo sentido em dizer que estaria se pautando pelas suas próprias taxas (mais elevadas), que estariam sendo informadas ao Banco Central ...

Não há necessidade de se caracterizar relação de consumo para vir em

Acesso ao Sumário

socorro do cliente, uma vez que o próprio Código Civil deixa claro que na dúvida interpretativa deve-se favorecer a parte aderente (CC, art. 423).

Observa-se, por outro lado, que o apelante não se preocupou em contestar a tabela comparativa dos juros remuneratórios divulgados pelo BACEN e aqueles supostamente por ele praticados inserta à (fls. 6/7), ônus que lhe incumbia.

Pelo exposto, entendo que a respeitável sentença deu a melhor solução para o caso devendo ser prestigiada: "O instrumento de fls. 39/43 também não exige a onerosidade excessiva do réu para justificar a elevação da taxa de juros do negócio. A condição foi criada pela autora na sua petição inicial, não tendo previsão no negócio. Assim, a tese deve ser desconsiderada. Mas o item 8.1 dá a entender que a taxa de juros é limitada, no máximo, à maior taxa de juros informada pelo Banco Itaú ao Bacen. A autora juntou as taxas de juros cobradas (cf. fls. 44/66) e reclama da elevação exagerada a partir de 08/2016. E os documentos de fls. 99/ss permitem concluir que houve a incidência de juros superiores à taxa informada pelo Itaú ao Bacen (fato não impugnado na defesa), descumprindo o réu o que ficou pactuado entre as partes. Assim, deverão os juros ser reduzidos às taxas informadas pelo banco ao Bacen para o período (a partir de 08/2016), com a revisão do saldo devedor ou a devolução do valor pago em excesso, tudo em fase de liquidação de sentença e permitida a compensação" (fls. 334), afastando, por impertinente, o pleito de limitação à taxa de juros de 1% ao mês: "Não cabe a limitação dos juros a 1% ao mês. Os juros exigidos pela parte ré não sofrem a limitação de 12% aa. As instituições financeiras não se submetiam ao limite do art. 192, § 3º, da CF, tanto que a Súmula 648 do C. STF diz que o dispositivo, revogado pela EC 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha a sua aplicabilidade condicionada a lei complementar (que nunca existiu). Sobre o tema, há ainda a Súmula Vinculante n. 07" (fls. 335).

A insurgência no tocante ao critério para distribuição dos encargos de sucumbência não procede, dado que a incidência dos honorários advocatícios em favor do advogado da parte apelada incidirá "sobre o excesso apurado" (fls. 335).

Nego, pois, provimento ao recurso e majoro os honorários advocatícios para 20% (vinte por cento) 'sobre o excesso apurado', nos termos do § 11, do artigo 85 do Código de Processo Civil.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1039800-19.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado

G.B.I.L., é apelado/apelante V.C.L.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso da autora e, negaram provimento ao recurso da ré. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.475-dig)**

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

São Paulo, 28 de novembro de 2018.

FORTES BARBOSA, Relator

Ementa: Ação cominatória - Parcial procedência confirmada - Autora que tem interesse em saber anunciantes que, mediante utilização da ferramenta "(...)", vincula suas marcas a anúncios de terceiros - Utilização indevida de "links" patrocinados - Censura prévia descaracterizada - Indicação de quantidade de acessos e de anunciantes que aparecem em destaque em buscas, mesmo não se valendo de tais marcas - Descabimento - Arquivo dos registros pelo dobro do tempo previsto em lei - Possibilidade, diante das justificativas apresentadas - Litigância de má-fé - Inocorrência - Vinculação do "site" da autora a marcas de concorrentes é questão de interesse de terceiros - Reconhecida a sucumbência recíproca - Provido, em parte, o apelo da autora, desprovido o apelo da ré.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de recursos de apelação interpostos contra sentença emitida pelo r. Juízo de Direito da 31ª Vara Cível do Foro Central (Comarca da Capital), que, deferindo tutela de urgência, julgou parcialmente procedente ação cominatória, para condenar a ré a informar se as empresas indicadas pela autora utilizam ou utilizaram as marcas da própria autora como palavras-chave de seus anúncios, bem como para fornecer registros de acesso de anunciantes responsáveis pela suposta utilização indevida das enfocadas marcas, indicando o endereço do IP ("Internet Protocol"), usuários das contas, data da criação dos anúncios, com endereço, número de telefone, endereço eletrônico e demais informações que possam viabilizar a identificação desses usuários. A ré foi, ainda, condenada

a manter os registros pelo dobro do prazo estipulado em lei e a eliminar, dos resultados de busca, os anúncios patrocinados de terceiros relacionados, indevidamente, à marca da autora. A autora foi, por fim, condenada ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R$1.000,00 (um mil reais) (fls. 290/297).

A ré, de início, noticia o cumprimento da tutela de urgência deferida na sentença. Insurge-se, a seguir, contra a determinação de manutenção dos registros pelo dobro do prazo previsto no artigo 15 da Lei 12.965/2014. Frisa, ademais, a impossibilidade de eliminação dos resultados de busca, sob pena de censura prévia, vedada pela Constituição da República. Sustenta, a seguir, que a participação da autora em leilões de palavras-chave de marcas concorrentes ("O.S." e "O.T."), para publicidade de seus produtos, configura litigância de má-fé. Argumenta, outrossim, que a mera indicação de marca concorrente como palavra-chave de anúncio patrocinado representa conduta que se limita a informar o consumidor acerca de alternativas de mercado e ressalta que não está obrigada a apresentar quaisquer outros dados, que não aqueles expressamente previstos pela Lei 12.965/2014. Esclarece, por outro lado, que só é possível eliminar resultados de buscas mediante a indicação das respectivas URL's ("Universal Resource Locator"), sendo inviável uma pesquisa nominal por força do artigo 19 da Lei 12.965. Destaca que a mera indicação de marca concorrente não configura violação à propriedade industrial, sendo, isso sim, um mero meio de informar o consumidor acerca de alternativas de mercado, favorecendo a concorrência. Propõe que eventual medida inibitória de ato ilícito deve ser direcionada ao próprio anunciante. Pretende reforma (fls. 309/331).

A autora, por sua vez, sustenta que, diante da sentença proferida, a ré deve ser condenada ao pagamento da totalidade dos encargos da sucumbência. Requer, por fim, que seja aplicada a pena de confissão, condenando-se a ré a prestar os esclarecimentos sobre a indexação indicada na petição inicial, para que seja possível delimitar responsabilidades de anunciantes (fls. 372/381).

Foram apresentadas contrarrazões a ambos os apelos (fls. 341/359 e 394/406).

Intimada, a autora complementou o valor devido a título de preparo (fls. 443/446).

Houve oposição ao julgamento virtual (fls. 436).

É o relatório.

Na presente ação, a autora noticia atuar no fornecimento, comercialização, distribuição, representação, importação e exportação de materiais destinados à construção civil e seus complementos, sendo titular da marca e "Z.F." e fabricante dos produtos denominados "A./A.". Relata, a seguir, que outras empresas passaram a copiar esses produtos, em especial o "A.", e que, por meio

Acesso ao Sumário

de busca no portal mantido pela ré na Internet, constatou, em outros sítios de anúncios, que algumas empresas se utilizam da marca "Z.F.", bem como do termo "A." para indicar que comercializam produtos similares aos seus, induzindo e confundindo os consumidores. Destaca, a seguir, que empresas (estas indicadas em "links" que apresenta) podem estar cadastrando junto à ferramenta "(...)", palavras-chave para busca dos clientes que envolvem, entre outras, a marca "Z.F.". Aduz suspeitar que duas empresas já demandadas, continuam a violar sua marca. Requer, então, que a ré seja compelida a informar se as empresas e os anúncios relacionados na petição inicial utilizaram marcas de sua titularidade, como palavras chaves em suas campanhas, na ferramenta de busca "(...)", nos últimos seis meses anteriores ao ajuizamento da ação, bem como informar todos os dados dos usuários que criaram os anúncios ostentando como palavra chave as marcas "Z.F." e "A.", em especial o endereço do IP (Internet Protocol), sem prejuízo de demonstrar os detalhes da campanha, com telas administrativas, cadastros, áreas de abrangência, informações sobre público alvo, valores por "clique" entre outras. Requer, ainda, a emissão de um relatório detalhado de "logs" de IP (Internet Protocol) dos acessos efetuados às referidas contas, até 180 (cento e oitenta) dias antes da distribuição da ação, identificando os usuários das contas mencionadas conforme as URL's ("Universal Resource Locator"), apontando data da criação do anúncio e os respectivos formulários de cadastro no sítio da ré, adesão ao termo e condições de uso, com endereço, telefones, quantidade de "cliques" e acessos aos anúncios, valores gastos em cada campanha publicitária, endereços eletrônicos e demais informações que possam viabilizar a identificação dos usuários e seus anunciantes. Requer, ademais, que sejam informados os dados cadastrais do provedor de acesso utilizado, fornecidas imagens das postagens e arquivos anexados. Para a hipótese de algum anúncio não ter utilizado uma das marcas como palavra-chave, requer que a ré seja compelida a esclarecer porque tais anúncios, ao se pesquisar as expressões "Z.F." e "A.", são colocados em destaque no resultado de busca. Requer, ademais, que a ré seja compelida a manter as informações que dispõe pelo prazo superior ao determinado em lei, ou seja, por mais doze meses e que os referidos anúncios não sejam visualizados para a hipótese de se utilizarem de enfocadas marcas. Finaliza, requerendo, para a hipótese de recusa da ré, que esta seja condenada, por força da aplicação, por analogia, do artigo 19 da Lei 12.965/2014, ao pagamento de indenização por danos morais, no importe de R$ 10.000,00 (dez mil reais) (fls. 01/27).

Acesso ao Sumário

Por meio de emenda à petição inicial, a autora requer que a ré preste informações acerca de outros resultados de nova busca apresentada (fls. 190).

Foi deferida, em parte, tutela de urgência, apenas para determinar que a ré informasse registros cadastrais das páginas responsáveis pela criação de anúncios que tenham usado como palavra-chave as marcas "Z." e "A.", nos seis meses

anteriores à intimação para o cumprimento da decisão, informando o endereço do IP (Internet Protocol), bem como o nome dos usuários das contas, datas de criação dos anúncios, apontando endereços, telefones, endereços eletrônicos, dados cadastrais do provedor de acesso utilizado e demais informações aptas a viabilizar a identificação dos usuários, sobretudo daqueles anúncios cujas URL foram indicadas na petição inicial (fls. 10/14). Determinou-se, ainda, que a ré mantivesse os respectivos registros pelo dobro do prazo estipulado em lei (fls. 255/256).

Na contestação, a ré, depois de informar o cumprimento da tutela de urgência, descreve o funcionamento da ferramenta "(...)". Ressalta que a autora, por meio de ferramenta disponibilizada no portal mantido na Internet, poderia ter formalizado uma reclamação administrativa, denunciando o uso indevido de marcas. Frisa, a seguir, não ser responsável por mediar disputas de terceiros entre anunciantes e titulares de marcas registradas ou, ainda, por fiscalizar se as palavras-chave utilizadas por seus anunciantes são marcas registradas. Destaca que não exerce controle proativo de uso das palavras-chave utilizadas por terceiros e que os próprios anunciantes firmam termo por meio do qual declaram que são responsáveis pela escolha do conteúdo dos anúncios e das respectivas palavras-chave. Aduz que não poderia fornecer os dados requisitados na presente demanda na seara administrativa e que a lei não obriga o armazenamento de quaisquer dados que não correspondam a registros de acesso a aplicações de Internet. Frisa, ademais, que só tem a obrigação legal de armazenar os dados em questão por um período de seis meses. Sustenta, por fim, que, não havendo resistência de sua parte, não cabe a condenação ao pagamento de encargos de sucumbência (fls. 259/271).

Em réplica, a autora noticia que a ré, intimada, deixou de prestar os esclarecimentos na forma determinada pelo r. Juízo. Frisa que a ré deveria ter trazido aos autos as palavras chave que foram usadas pelos anunciantes. Ressalta que restou, também, infrutífera a tentativa de obter tais informações por via administrativa, tendo a ré afirmado que não investiga reclamações sobre o uso de marcas comerciais como palavras-chave, mas, tão somente, o uso de marcas em textos de anúncios (fls. 280/286).

A sentença apelada julgou a ação parcialmente procedente.

Ambas as partes recorreram.

A sentença merece reparo, mas apenas para reconhecer a sucumbência recíproca.

Cabe frisar, de início, que as empresas armazenadoras de dados, como o (...), não têm a obrigação de monitorar previamente o conteúdo dos dados inseridos por seus usuários e consultar se há violação de nome empresarial, marca ou qualquer espécie de propriedade industrial. Não é possível responsabilizar

Acesso ao Sumário

aquele que fornece espaço publicitário, como se anunciante fosse (STJ, AgRg no REsp 1.402.104-RJ, 4ª T., rel. Min. Raul Araújo, j. 17.5.2014), em especial, aqui, diante do disposto no artigo 19, "caput" da Lei 12.965/2014.

A ré, como provedora, por força do Marco Legal da Internet, não pode realizar uma triagem prévia de conteúdos, o que, caracterizaria uma censura prévia.

A ré, na qualidade de provedora, somente pode remover os anúncios tidos por ilícitos diante de uma decisão judicial, sob pena de instituir, repte-se, censura prévia, a qual é vedada pelos artigos 5º, inciso IX e 220, § 2º da Constituição da República.

Não se cogita, então, de maneira alguma, da afirmação de qualquer espécie de responsabilidade do próprio recorrente, como provedor de aplicações ou da necessidade de uma triagem prévia de conteúdos.

A este propósito, Carlos Affonso Souza, Ronaldo Lemos e Celina Bottino (Marco Civil da Internet: Jurisprudência Comentada, RT, São Paulo, 2017, p.96 e 109-10), com propriedade, explicam que:

> "Os provedores de aplicações de Internet podem ser compreendidos como a pessoa que fornece um conjunto de funcionalidades que são acessadas por meio de um terminal conectado à Internet. O provedor de aplicações aparenta englobar os tradicionalmente chamados provedores de conteúdo (que disponibilizam na rede os dados criados ou desenvolvidos pelos provedores de informação ou pelos próprios usuários da Internet, como, as redes sociais, os aplicativos de mensagens e as plataformas de compartilhamento de vídeos) e de hospedagem (que armazenam dados de terceiros, conferindo-lhes acesso remoto), tendo em vista que, no art. 19 do MCI, foi determinado que a responsabilidade civil deste provedor, será omissiva e a partir da notificação judicial.(...)
>
> "Já que não existe para os provedores de aplicações de Internet o dever de monitoramento prévio, a notificação, como uma denúncia na rede social - prática costumeira na rede para reportar a existência de materiais eventualmente danosos -, atua como um alerta para que eles possam averiguar a procedência de um suposto dano e analisar a viabilidade do conteúdo questionado. Caso decidam remover o conteúdo por ser contrário aos termos de uso da plataforma, os provedores não ofenderão o Marco Civil da Internet, visto que a Lei não proíbe a exclusão de conteúdo nesses termos. A Lei 12.965/14 não impede que os provedores de aplicações possam determinar requisitos para a remoção direta de conteúdo em seus termos e políticas de uso e atendam possíveis notificações extrajudiciais enviadas, quando serão responsáveis diretamente pela remoção e/ou filtragem do material. Todavia, deve-se evitar que os provedores abusem

Acesso ao Sumário

de suas posições e filtrem ou realizem o bloqueio de conteúdo sem uma justificativa plausível, já que isso restringiria indevidamente a liberdade de expressão como vetor de suas atividades, sendo medidas de filtragem, bloqueio ou remoção uma solução excepcional.

"Esse regime de responsabilidade dos provedores se apoia claramente em outras iniciativas legislativas que geraram forte impacto para a promoção do discurso e para a inovação em outros países, conforme se deu, por exemplo, com o artigo 230 do 'Communications Decency Act', nos Estados Unidos, que trata da proteção contra o bloqueio privado e da triagem de material ofensivo. Em suas normas, ele dispõe que nenhum provedor ou usuário de um serviço informático interativo deve ser tratado como editor ou orador de qualquer informação fornecida por outro provedor de conteúdo de informações."

Não é admissível, por outro lado, a manutenção do anonimato daqueles que violam marca de titularidade alheia, em evidente prática de concorrência desleal, violando, de forma grave e clamorosa, direitos subjetivos alheios. Tal situação não se coaduna com a própria natureza dos serviços de transmissão de dados prestados pela ré.

Ressalta-se que, o fato do anúncio estar de acordo com as políticas de publicidade do "(...)", não impede sejam violados direitos subjetivos alheios, em particular os de propriedade industrial. As regras são diversas e não, excludentes, não havendo incompatibilidade na sua aplicação; elas simplesmente coexistem entre si.

Os anunciantes, em suma, devem ser responsabilizados por eventual uso indevido de palavras-chave de titularidade de concorrentes e a ré, como provedora de conteúdo de Internet, tem o dever de prestar as informações requisitadas na sentença, não estando configurada uma censura prévia.

No mais, restou comprovado que a autora é titular das marcas "A.", "S." e "Z.F." (fls. 40/50), o que resulta na exclusividade do uso dos sinais distintivos correspondentes, estando sua atuação respaldada, no âmbito da presente demanda, pelo disposto no artigo 130, inciso III da Lei 9.279/1996.

Há, ademais, suspeita fundada de que usuários assinantes da ferramenta "(...)", estão vinculando anúncios de concorrentes às marcas de titularidade da autora (fls. 51/122 e 191/195).

Com efeito, restou comprovado que anunciantes utilizam as marcas de titularidade da autora como termo de pesquisa, na ferramenta "(...)", uma vez que, repete-se, a ré não realiza controle das palavras indicadas por esses anunciantes.

Diante dessas circunstâncias, é patente o direito da autora de inibir tal vinculação indevida e, para exercer esse direito, necessita que tais anunciantes

Acesso ao Sumário

sejam identificados, viabilizando o ajuizamento de outras demandas, ainda, mais, porque, conforme bem apontou a ré, ainda na seara administrativa, somente mediante ordem judicial, pode divulgar "informações relacionadas aos seus clientes e usuários" (fls. 51), preenchidos os requisitos previsto no artigo 22, parágrafo único, da Lei 12.965/2014.

A utilização dos chamados "links" patrocinados gera a caracterização da concorrência desleal, quando vinculada numa ferramenta de busca na rede mundial de computadores uma palavra capaz de remeter a um nome, um título de estabelecimento ou uma marca de titularidade de concorrente, potencializado confusão no público consumidor, cabendo acentuar que o uso indevido de marca alheia sempre se presume prejudicial a quem a lei confere a titularidade.

Sobre o assunto, esta Câmara Reservada já se pronunciou em várias oportunidades, cabendo reproduzir as seguintes ementas:

> "Obrigação de não fazer c.c. reparação de dano. Uso do nome empresarial da autora como palavra chave de 'link' patrocinado contratado pela ré. O consumidor que faz uma busca na Internet pelo nome da autora é direcionado para o 'site' da ré. Concorrência desleal caracterizada. Determinação para que a ré se abstenha da conduta, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00. Danos materiais devidos e oriundos da ilicitude que advém da violação da marca e da concorrência desleal, não ficando o prejuízo adstrito à sua efetiva comprovação na fase de conhecimento e podendo ser apurado, em conformidade com a lei, na execução da sentença. Imperiosidade de pagamento do que pagaria se tivesse adquirido o licenciamento para uso da marca da autora. 'Quantum' que se apurará em execução nos termos do art. 210, I a III, da Lei nº 9279/96. Dano moral que, tanto quanto o material pelo uso parasitário da marca, é presumido. Lesão à honra, reputação e imagem da autora que, ao lado do uso parasitário do nome da sociedade empresária, deve ser indenizado para prestígio da marca e do nome e em benefício do consumidor. Teoria do 'ilícito lucrativo' mencionada em embargos infringentes em que prevaleceu a tese sustentada. Arbitramento em R$ 50.000,00 que se ajusta aos parâmetros da jurisprudência. Recurso provido." (Ap. 1016381-93.2010.8.26.0004, rel. Des. Maia da Cunha, j. 28.2.2012)

> "AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C PEDIDO DE INDENIZAÇÃO - Empresa autora que postulou a abstenção do uso de sua marca 'Habib's' como palavra-chave para direcionamento a links patrocinados de empresa concorrente em sites de buscas na Internet, e a reparação dos danos materiais e morais sofridos - Sentença de parcial procedência - Insurgência da demandante contra o indeferimento dos pleitos indenizatórios formulados - Responsabilidade da ré pelos atos de concorrência desleal praticados - Uso parasitário da marca configurado

Acesso ao Sumário

- Imperiosa não só a condenação da requerida à abstenção definitiva do uso da marca 'Habib's' como palavra-chave para remissão a anúncios em sites de pesquisas, mas também ao pagamento de indenização por danos morais - Pessoa jurídica passível de sofrer prejuízos de ordem extrapatrimonial - Inteligência da Súmula 227 do STJ - Ilícito lucrativo que merece reprimenda, através da fixação de indenização por danos morais - Prejuízos de ordem patrimonial in re ipsa, e serem liquidados por arbitramento segundo os critérios do artigo 110 da LPI - Ação procedente - Recurso provido." (Apelação nº 1111766-13.2015.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. FRANSCISCO LOUREIRO, j. em 19.10.2016).

"Marca - Violação a partir da contratação de 'link' patrocinado - Ação cominatória e indenizatória julgada procedente - Revelia caracterizada - Presunção de veracidade quanto à matéria fática veiculada na petição inicial - Litisconsórcio necessário descaracterizado - Inviabilidade da afirmação da atribuição de provedor de aplicações efetuar prévia triagem de conteúdo veiculado na Internet - Incidência do art.19, 'caput' da Lei 12.965/2014 - Preliminar rejeitada - Utilização de marca registrada pela autora em anúncio da Internet - Concorrência desleal - Ato ilícito - Dever de indenizar presente - Indenização por danos morais devida - "Quantum" arbitrado com adequação - Sentença mantida - Recurso desprovido." (Apelação 1122090-28.2016.8.26.0100, rel. Fortes Barbosa)

Ressalta-se, nesse ponto, que a autora, por força do disposto no inciso VIII do artigo 5º da Lei 12.965, somente pode exigir, "informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP", o que se mostra suficiente para identificação dos usuários.

Diante da violação anunciada e comprovada, foi, acertadamente, determinada a desvinculação das marcas de titularidade da autora de anúncios de concorrentes, evitando a perpetuação das práticas ilícitas, em consonância com o disposto nos artigos 130, inciso III e 195, inciso III da Lei 9.279/1996.

Improcede, por outro lado, a pretensão relativa a exigir, da ré, esclarecimentos técnicos acerca das razões pelas quais, no resultado de busca, usando as expressões "Z.F." e "A.", anúncios que não utilizaram tais termos como palavras-chave foram colocados em destaque.

Conforme bem se concluiu na sentença, inexistindo indícios de que tais anunciantes tenham vinculado as marcas de titularidade da autora a seus anúncios, inexiste interesse em obter as enfocadas informações técnicas.

Soma-se que o destaque de apontados anúncios pode decorrer, inclusive, de uma intensa procura por tais anunciantes, ainda que não vinculem seus

Acesso ao Sumário

anúncios às marcas da autora.

Improcede, de igual modo, a pretensão relativa a obter informação acerca da quantidade de "cliques" e acessos aos anúncios e os valores gastos em cada campanha publicitária, porque, com tais informes, de conteúdo exclusivamente privado, não há como mensurar a extensão dos supostos danos pela possível utilização indevida das marcas de titularidade da autora, havendo, enfim, incerteza em relação ao número de consumidores que chegaram a contratar com as empresas concorrentes da autora.

Nesse ponto, não cabe a imposição da pena de confesso, não estando preenchidos os requisitos previstos nos artigos 344 ou 385, § 1º do CPC de 2015 e apresentada contestação abrangente, sem que tenha se formado ponto incontroverso e imune a contrariedade.

Noutro plano, improcede a pretensão de condenação da ré ao pagamento de indenização, por força de aplicação analógica do disposto no artigo 19 da Lei 12.965/2014, cujo conteúdo foi acima enfatizado.

Isto porque, as exceções impostas hão de ser interpretadas sempre restritivamente, sem qualquer ampliação analógica ou por assimilação.

A regra geral é que o provedor não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

De qualquer forma, antes de ser proferida a sentença, não havia sido deferida ordem para remoção de qualquer conteúdo ilícito.

Os dados cadastrais disponibilizados pela ré, além disso, estão em consonância com as exigências legais e com o que havia sido determinado em antecipação de tutela (fls. 217/218) e viabilizaram a identificação completa dos anunciantes apontados na petição inicial (fls. 10/14), informados, além dos nomes dos anunciantes, seus respectivos endereços, inclusive eletrônicos, e números de telefones (fls. 263/265).

Destaca-se que, somente, na sentença, ao se deferir tutela de urgência, foi determinada a indicação dos anunciantes referidos na emenda à petição inicial (fls. 191/195), silenciando, a respeito, a decisão de fls. 217/218, sendo ajuizados embargos de declaração apenas pela ré e que foram rejeitados (fls. 255/256).

Resta, portanto, descaracterizado o anunciado descumprimento de ordem judicial. A ré, ao contrário do proposto pela autora, não ofereceu resistência ao cumprimento das determinações judiciais deferidas, cumprindo, estritamente, o disposto no artigo 15, § 3º da Lei 12.965/2014, que dispõe ser necessária a autorização judicial para a disponibilização dos registros requeridos.

No que se refere à determinação para que a ré mantenha os respectivos registros pelo dobro do prazo estipulado em lei, ressalta-se ser possível, em hipóteses excepcionais, tal ampliação por força do disposto no artigo 15, §1º da Lei nº 12.965, presentes os requisitos para tanto, ainda mais porque a parte autora

Acesso ao Sumário

reporta que empresas demandadas, descumprindo determinações advindas de outros processos, continuam a se utilizar de marcas de sua titularidade (fls. 12).

A manutenção da integridade de dados pelo dobro do tempo previsto no texto legal ostenta, concretamente, justificativa plausível, nada recomendando a revogação da determinação judicial emitida.

Anota-se, ademais, que não está caracterizada a litigância de má-fé, visto não ser vislumbrada qualquer espécie de conduta processual anômala e maliciosa, não havendo enquadramento no artigo 80 do CPC de 2015.

A anunciada "compra" de palavras-chave pela autora, não diz respeito ao presente processo e interessa a terceiros que não integram a lide e sobre os quais, portanto, a coisa julgada não opera efeitos.

Por fim, em relação aos encargos da sucumbência, a autora tem razão, em parte.

A apresentação de contestação e do presente apelo, ainda que a ré anuncie o cumprimento da tutela de urgência, configura resistência ao pedido inicial, que foi, em parcela substancial, acolhido.

Diante dessa sucumbência recíproca (artigo 86 do CPC de 2015), decaindo, a parte autora, de pequena parte de suas pretensões, reforma-se a sentença para condenar a ré ao pagamento de dois terços das custas e despesas processuais atualizadas a partir de cada desembolso, bem como de honorários de advogado arbitrados na mesma proporção (dois terços) e correspondentes a R$1.000,00 (um mil reais). A autora arcará com o terço restante das custas e despesas processuais e da verba honorária estabelecida.

Cabe ressalvar que o valor da verba honorária sucumbencial remete àquele estabelecido em primeira instância e contra o qual as partes, em seus apelos, não se voltaram. Resta inviável, agora, mesmo considerados o teor dos atos processuais praticados e a magnitude do trabalho profissional desenvolvido, rever o arbitramento já operado, sob pena de ofensa ao disposto no artigo 1.013, "caput" do CPC de 2015.

Dá-se, por isso, provimento parcial ao apelo da autora e nega-se provimento ao apelo da ré.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006318-36.2013.8.26.0004, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FABIO CARLOS CORIOLANO, são apelados BIAZINI & BIAZINI PIZZARIA LTDA. (ATUALMENTE DENOMINADA DÍDIO PIZZA LTDA.) e ELÍDIO

Acesso ao Sumário

BIAZINI.

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 12151)**

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

São Paulo, 3 de dezembro de 2018.

MAURÍCIO PESSOA, Relator

Ementa: Ação de indenização por perdas e danos - Contrato de franquia - Existência de cláusula compromissória, livre e expressa e regularmente acordada celebrada (LArb, art. 4º, § 2º) - Obrigatoriedade de uso da arbitragem para solução de conflitos recíprocos - Eventual nulidade contratual deve ser submetida à análise do próprio árbitro - Competência do juízo arbitral - Sentença de extinção mantida - Verbas de sucumbência devidas - Princípios da causalidade e da sucumbência - Demais argumentos prejudicados, devendo a impugnação ser feita pelas vias e palco adequados - Recurso desprovido.

VOTO

Em "*ação de indenização por perdas e danos*" ajuizada por Fabio Carlos Coriolano em face de Biazini & Biazini Pizzaria Ltda., a r. sentença, de relatório adotado, julgou extinto o processo com fundamento no artigo 485, VII, do Código de Processo Civil (fls. 619/619vº.).

Embargos de declaração opostos pela ré (fls. 624/627) foram acolhidos para acrescentar ao dispositivo da sentença o seguinte parágrafo: "*Sucumbente, condeno o autor ao pagamento das custas processuais e honorários em favor do patrono da parte contrária, que fixo em 10% do valor da causa*" (fls. 658).

Recorreu o autor a sustentar, em síntese, que não há contrato de franquia assinado entre as partes; que há tão somente Circular de Oferta de Franquia (COF) assinada; que nunca houve a formalidade necessária a fim de se validar o contrato de franquia que seria celebrado entre as partes, ainda mais se se considerar que o contrato de franquia é um contrato de adesão, que permite pouca ou nenhuma participação dos franqueados na formulação de suas cláusulas; que, embora no modelo de contrato houvesse a previsão do compromisso arbitral,

Acesso ao Sumário

o contrato nunca fora assinado pelas partes; que nos contratos de franquia há disparidade de forças entre as partes; que os requisitos do artigo 4º, 2, da Lei nº 9.307/96 não foram cumpridos, haja vista que não tomou a iniciativa de instituir a arbitragem; que somente é possível a previsão de cláusula compromissória em contrato de adesão, quando observados os requisitos do artigo referido; que nem sequer teve a opção de transigir quanto à cláusula compromissória imposta; que os altos custos do procedimento arbitral estão sendo um óbice ao seu acesso à Justiça, pois não tem condições financeiras de arcar com o procedimento; que condicioná-lo à arbitragem fere integralmente a garantia constitucional de acesso à Justiça; que, quando a extinção do processo se der pelo exaurimento superveniente de uma das condições para o exercício do direito de ação, a exemplo do caso em análise, não são devidos honorários advocatícios. Requer a reforma da sentença (fls. 635/646 e aditamento às fls. 663/674).

Recurso preparado (fls. 647/650) e respondido (fls. 680/689).

Sem oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Trata-se de ação de indenização por perdas e danos na qual o apelante pleiteia ressarcimento pelos valores gastos com franquia adquirida.

Ao contrário do alegado, é válido o "Instrumento Particular de Contrato de Franquia Dídio Pizza" celebrado entre as partes (fls. 92/109).

Trata-se de contrato empresarial em que estão presentes todos os pressupostos de validade dos negócios jurídicos em geral (CC, art. 104). As partes são capazes, o objeto é lícito e a forma não é defesa em lei.

Nele não se verifica qualquer defeito (vício do consentimento ou social) capaz de gerar sua anulação, e se observa a existência de cláusula compromissória expressa e devidamente destacada (fls. 108).

Foram atendidos os requisitos previstos no § 2º, do artigo 4º, da Lei nº 9.307/96, de modo que, independentemente de tratar-se de contrato de adesão, a cláusula compromissória em questão é válida, até porque se trata de contrato de adesão de natureza empresarial, e não consumerista.

É o que basta para revelar a validade do contrato celebrado livremente pelas partes em atenção ao princípio da autonomia da vontade e em relação ao qual vige, também, o *pacta sunt servanda*.

Disso decorre, então, que as partes estavam obrigadas a submeter à arbitragem do CAESP - Conselho Arbitral do Estado de São Paulo os litígios que poderiam surgir entre elas.

Esse é o entendimento já manifestado por este Tribunal sobre o tema, conforme se verifica, por exemplo, do seguinte julgado:

"*Franquia. Cláusula compromissória. Ação de rescisão de contrato de franquia c.c. reparação de danos. Sentença de extinção sem resolução*

Acesso ao Sumário

de mérito ante a existência de cláusula compromissória. Apelação dos franqueados. Contrato de franquia que independentemente de ser qualificado como de adesão cumpriu os requisitos do art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem. Precedente do E. STJ. Demonstração de anuência expressa dos autores à cláusula compromissória que está devidamente destacada no contrato de franquia. Extinção da ação é medida que se impõe, como determinado na sentença. Recurso desprovido." (Apelação Cível nº 1088471-44.2015.8.26.0100; 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo; Rel. Des. Alexandre Marcondes; j. em 23/04/2018).

A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça orienta que a pretensão de invalidação de cláusula compromissória arbitral deve ser apreciada, primeiramente, pelo próprio árbitro e não diretamente pelo Poder Judiciário.

Sobre o tema, quando do julgamento do REsp 1.355.831, a Ministra Nancy Andrighi proferiu voto vencedor nos seguintes termos: "*É ainda de se ressaltar que as questões a respeito da existência, validade e eficácia da convenção arbitral, de qualquer espécie, são matérias a serem apreciadas pelo árbitro, em primeiro lugar, nos termos do art. 8º, parágrafo único, e 20 da Lei nº 9.307/96. Trata-se da kompetenz-kompetenz (competência-competência), um dos princípios basilares da arbitragem, que confere ao árbitro o poder de decidir sobre a sua própria competência, sendo condenável qualquer tentativa, das partes ou do juiz estatal, no sentido de alterar essa realidade.*

Em outras palavras, no embate com as autoridades judiciais, deterá o árbitro preferência na análise da questão, na qual se inclui o debate quanto ao art. 4º, §2º, da Lei 9.307/96 apontado pela Massa Falida recorrente. Essa prioridade se coaduna com os princípios que circundam o instituto da arbitragem e a sistemática introduzida pela Lei nº 9.307/96, bem como assegura a proposta de tornar o procedimento, uma vez eleito pelas partes, uma alternativa segura e incontornável de resolução de conflitos.

Assim, não cabe ao Poder Judiciário brasileiro suspender a instituição, initio litis, de uma arbitragem. Isso não significa, por outro lado, que as contratantes estejam impedidas de levar a matéria relativa à validade da referida cláusula arbitral ao Judiciário pátrio, haja vista tratar-se de direito constitucionalmente garantido; bem como não as impede de requerer, futuramente, a nulidade desse procedimento arbitral. Todavia, essas discussões não se darão, originariamente, no âmbito do Poder Judiciário, que apenas detém competência para execução ou homologação da futura sentença arbitral, conforme a hipótese concreta.".

Acesso ao Sumário

Assim, existindo cláusula de arbitragem, não se admite o ajuizamento de ação de conhecimento perante o Poder Judiciário. O que se permite é tão somente que, até a instauração do juízo arbitral, e com o objetivo de garantir

a utilidade e a eficácia do provimento final, se abra às partes a possibilidade de pedir tutelas de urgência ao Poder Judiciário (Carmona, Carlos Alberto; "Arbitragem e processo: um comentário à Lei n 9.307/96", Ed. Atlas, 2ª ed.; 2004).

Por fim, está devidamente demonstrado que o apelante deu causa ao ajuizamento da demanda, razão pela qual deve responder pelos honorários de advogado, por força dos princípios da causalidade e da sucumbência.

Mantém-se, pois, a r. sentença recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Resta prejudicada a análise das demais questões veiculadas, as quais deverão ser impugnadas pelas vias e no palco adequados.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1013604-28.2017.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante SAAE - SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE GUARULHOS, é apelado JOÃO DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38480)**

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

São Paulo, 4 de dezembro de 2018.

SIMÕES DE VERGUEIRO, Relator

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO CONTRA R. SENTENÇA PELA QUAL FOI JULGADA PROCEDENTE AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, C.C. PEDIDO DE REPETIÇÃO EM DOBRO - ALEGAÇÃO DE INCORREÇÃO - PEDIDO DE REFORMA - ACERTO PARCIAL DA R. SENTENÇA - SERVIÇO DE COLETA DE ESGOTO NÃO PRESTADO EFETIVAMENTE PELA RÉ NO CASO - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO

Acesso ao Sumário

EM DOBRO DOS VALORES INDEVIDAMENTE DESCONTADOS, DE ACORDO COM O ARTIGO 42, DO CDC - INADMISSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE MÁ-FÉ - RESTITUIÇÃO QUE DEVERÁ SE DAR DE FORMA SIMPLES - NECESSÁRIA MANUTENÇÃO DA R. SENTENÇA, SALVO NO QUE TOCA À REPETIÇÃO DOBRADA DOS VALORES INDEVIDAMENTE COBRADOS PELA APELANTE - REAPRECIAÇÃO MINUCIOSA DA R. SENTENÇA QUE IMPLICARÁ EM DESNECESSÁRIA REPETIÇÃO DOS ADEQUADOS FUNDAMENTOS DO PENSAMENTO ADOTADO PELO JUÍZO - SIMPLES RATIFICAÇÃO DE GRANDE PARTE DOS TERMOS DA R. DECISÃO DE 1º GRAU, QUE SE MOSTRA SUFICIENTEMENTE MOTIVADA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Tratam os autos de Recurso de Apelação interposto contra R. Sentença que vem encartada a fls. 212/214, pela qual foi julgada procedente Ação de Obrigação de Fazer, C.C. Pedido de Repetição em Dobro de Valores Indevidamente Exigidos, esta proposta por **JOÃO DOS SANTOS** contra **SAAE - SERVIÇO AUTONOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE GUARULHOS**, momento em que o Juízo acolheu a pretensão inicialmente deduzida, assim condenando a autarquia ré no pagamento dos valores referentes a custas e despesas processuais, além daqueles relativos a honorários de Advogado, por sua vez fixados em valor equivalente a R$ 1.200,00.

Inconformada com a R. Sentença como proferida, dela recorre a ré, conforme dão conta suas razões juntadas a fls. 221/230, para tanto alegando que o Juízo não deu adequado tratamento a questão como vem estampada nos autos, uma vez que não se viu demonstrada qualquer conduta ilícita de sua parte, uma vez que a cobrança da tarifa de esgoto como promovida se encontra embasada na Legislação Municipal aplicável ao tema. No mais, sustenta que eventual repetição de indébito que possa ser reconhecida no caso em exame, somente possa ser contemplada em sua forma simples, jamais dobrada, diante da ausência de má-fé de sua parte, motivo pelo qual pediu pelo integral acolhimento de seus reclamos, com a natural reforma da R. Sentença como proferida, pedindo ainda, de forma complementar, pela redução do montante fixado a título de verba honorária.

Acesso ao Sumário

Recebido o recurso, e depois de apresentadas as devidas contrarrazões (fls. 240/245), subiu então o feito a esta E. Corte, de sorte a se promover a reapreciação da matéria já devidamente debatida junto ao 1º Grau de Jurisdição.

É o relatório.

O recurso como interposto pela inconformada deve ser merecedor de parcial acolhimento por parte desta Turma Julgadora, o que se dá apenas no tocante a repetição dobrada dos valores cobrados pela ré, repetição que, ainda que se mostre necessária, deve se dar de forma simples, devendo no mais ser mantida inalterada a R. Sentença indevidamente hostilizada, uma vez que os limites definidos quando de sua prolação se mostraram quase que plenamente adequados a realidade que vem regularmente estampada no todo processado.

Mais especificamente, e no que toca ao recurso como intentado, melhor examinando o conjunto encartado aos autos, com facilidade se verifica que a R. Sentença combatida analisou corretamente quase todas as questões como suscitadas pelas partes, inclusive no tocante a fixação dos Honorários Advocatícios, estes que não devem ser reduzidos, uma vez que, nesse ponto, o Juízo observou rigorosamente o quanto vem disposto pelo art. 85, § 8º, do CPC, sendo caso de se transcrever, ainda que de forma parcial, os adequados e bem lançados fundamentos constantes da R. Decisão que ora se vê submetida a ataque, e que ficam agora ratificados por esta Turma Julgadora, conforme se verifica:

"**(...) Trata-se de ação ajuizada para que o réu se abstenha da cobrança pelo serviço de esgoto, bem como, condenado à repetição de indébito, em dobro, dos valores pagos correspondentes ao referido serviço, desde março de 2016.**

O autor, na exordial, sustenta que seu imóvel é constituído de duas partes, sendo que a parte de cima foi construída para receber acomodar sua tia. Ocorre que, a parte de baixo da casa não possui nível para que seja feita a ligação com a rede de esgoto do SAAE. Todavia, o autor relata que o réu o cobra de serviços não prestados.

Por outro lado, o réu sustenta uma vez que uma das partes possui nível para ligar à rede de esgoto, a cobrança do serviço é devida, pois, do contrário, o autor estaria beneficiando-se por serviço de esgoto, sem a devida contraprestação.

Isto posto, evidente questão controvertida no caso em epígrafe, tendo em vista que é preciso apurar o cabimento da cobrança pelo serviço de esgoto ou não.

Por tal motivo, foi produzida prova pericial com o intuito de elucidar, se se trata de apenas um único imóvel e, se o imóvel está ligado à rede pública de esgoto.(...)

Acesso ao Sumário

Assim, concluiu o perito que o imóvel é constituído por uma única ligação atentando a parte inferior e superior do imóvel. Por fim, constata que há possibilidade de adequação do sistema de esgoto, sendo que para tanto uma bomba de elevação de esgoto deverá ser instalada.(...)

A coleta de esgoto é serviço essencial, sendo que a sua prestação enseja na devido pagamento pelo usuário quando este faz uso dos benefícios dele.

Conforme o exímio perito, ele constatou que o imóvel possui uma única ligação, a qual atende tanto a parte inferior quanto a superior do imóvel.

Destarte, ele verificou que os dejetos produzidos são descartados em um córrego nas proximidades da região. Tal fato, ainda, foi confirmado pelos demais moradores.

Pelo cotejo dos documentos com a análise do especialista, é possível verificar que razão assiste o autor. Ao contrário do que defende o réu, o imóvel possui uma única ligação para as duas partes do imóvel. Não obstante, a cobrança pelo serviço é indevida, uma vez que o serviço, claramente, não está sendo prestado pelo réu, sendo que o autor sempre cumpriu com o pagamento das faturas de consumo (fls. 31/47).

Ou seja, o autor cumpre com suas obrigações como consumidor, no entanto, o réu não presta o serviço que lhe foi atribuído.

Embora, o art. 9º, §1º do Decreto n.º 12.342/1978, bem como a deliberação da ARSESP n.º 106 dispõem que é da responsabilidade do usuário e titular da ligação promover os meios adequados para que haja o fornecimento de água ou coleta de dejetos, não pode o réu cobrar pelo serviço que não presta.

Nesse passo, a questão gira em torno da exigência ou não da tarifa de esgoto, independentemente do uso desse serviço, sendo que tal matéria já foi apreciada pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo: A exigência de pagamento de água e esgoto, seja mediante taxa ou tarifa, há de ter como pressuposto a efetiva prestação do serviço, sendo vedada a cobrança por hipótese, pois, somente o fato concreto pode determinar o valor a ser pago (TJSP, 15ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível sem Revisão n.º 536.925-5/3-00, Rel. Des. EUTALIO PORTO, j. 22.6.2006).(...)

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTES os pedidos(...)"

Assim, imperativo firmar entendimento no sentido de que a ré, ora inconformada, não se desincumbiu, conforme lhe competia, dos ônus de comprovar que as cobranças promovidas em desfavor do autor contavam com bases lícitas, notadamente porque sequer correspondem a serviço efetivamente prestado a ele, circunstância essa que levou o Juízo a acertadamente reconhecer a impossibilidade de continuidade de cobrança de tarifa de esgoto, exatamente

Acesso ao Sumário

como inicialmente pleiteado, tanto é que por assim entender, determinou a recorrente que restituísse ao ocupante do polo ativo da relação instaurada o dobro dos valores por ela indevidamente cobrados.

No entanto, e no que toca especificamente a repetição dobrada das quantias em discussão no feito, de rigor reconhecer que melhor sorte socorre a ré, como já indicado inclusive, uma vez que a restituição em discussão deve se dar de forma simples, porque se mostra no todo inadequada a aplicação da penalidade prevista pelo artigo 42, do CDC a recorrente, uma vez que não resultou demonstrada má-fé de sua parte no desenvolvimento das cobranças dos valores discutidos, requisito este que se coloca como indispensável para a aplicação do dispositivo legal em questão, isso porque, tanto a ocorrência, quanto a presença de má-fé não se presumem, sendo plenamente necessária sua demonstração e plena comprovação, o que não se verifica dos autos.

Portanto, e de forma mais ainda mais pormenorizada, e sempre no que toca ao recurso como intentado, agora examinando de forma mais minuciosa os autos, com facilidade se verifica que a R. Sentença combatida analisou bem e corretamente quase todas as questões suscitadas, o que leva a entender que devam merecer guarida os reclamos constantes das razões de apelo apenas no tocante a aspecto atinente a devolução dos valores pleiteados pelo autor, ora recorrido, que deverá se dar de forma simples, e não dobrada, mantidos no mais os termos definidos pela R. Sentença, inclusive no que se refere a sucumbência, uma vez que, diante da sucumbência mínima do autor verificada no caso em testilha, deverá a ré permanecer incumbida de arcar com a totalidade das verbas devidas sob tal rubrica. Finalizando, é de se acrescentar que os Honorários Advocatícios fixados devem agora se ter majorados, o que se promove para importância equivalente a R$ 1.800,00 (hum mil e oitocentos reais), diante do quanto vem previsto pelo art. 85, e §§s, do CPC.

Pelo exposto, dá-se parcial provimento ao Recurso, nos exatos termos do Voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1022545-14.2018.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante HERMELINDA G RIPI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47237)**

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

São Paulo, 4 de dezembro de 2018.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: Apelação - Cumprimento de sentença - Ação civil pública - Expurgos inflacionários de caderneta de poupança - Liquidação do julgado proferido em ação coletiva - Prescrição da ação - Configuração - 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, assim fixado pelo entendimento do C. STJ no REsp nº 1.388.000/PR, representativo de controvérsia (Tema 877) - Recurso desprovido - Decisão mantida.

VOTO

Trata-se de procedimento de liquidação de sentença coletiva proferida nos autos de ação civil pública, por meio do qual se pretende a condenação do réu ao pagamento da diferença entre os rendimentos de caderneta de poupança e os reajustes aplicados pela instituição financeira, em razão da incidência dos Planos Collor I e II.

Pela r. sentença, cujo relatório se adota, a prescrição da pretensão foi reconhecida, extinguindo-se o processo com resolução de mérito, nos termos do art. 487, inciso II, do NCPC.

Inconformada, apela a parte autora. Em apertadíssima síntese, diz que o caso não contraria o REsp nº 1.388.800 e que o *decisum* atenta contra o art. 94 do CDC. Afirma que o prazo se iniciou em 14/03/2017, quando publicado edital de convocação para promover a habilitação de interessados na liquidação do julgado. Colaciona precedentes jurisprudenciais, invoca os princípios da segurança jurídica, da imutabilidade das decisões judiciais e da coisa julgada e, por fim, postula a anulação da sentença e prosseguimento do feito.

Recurso bem processado.

É o relatório.

Esta Turma Julgadora, assim como a D. Juíza de Direito, revendo anterior posicionamento, curva-se ao entendimento consolidado pelo C. STJ, reconhecendo a prescrição da ação *in casu*.

Acesso ao Sumário

Derivada a pretensão de cumprimento de sentença proferida em Ação Civil Pública relativa a expurgos inflacionários de caderneta de poupança, e observada a natureza dessa dívida, o prazo prescricional é de 5 (cinco) anos, contados do trânsito em julgado da r. sentença, ocorrido em 15/04/2010, conforme entendimento do C. STJ (REsp nº 1.273.643/PR, julgado em 27/02/2013, Relator Ministro Sidnei Benetti).

Consoante informativo nº 0484 do Superior Tribunal de Justiça:

"***Quando se tratar de execução individual de sentença proferida em ação coletiva, como no caso, o beneficiário se insere em microssistema diverso e com regras pertinentes, sendo necessária a observância do prazo próprio das ações coletivas, que é quinquenal, conforme já firmado no Recurso Especial nº 1.070.896 - SC, DJE 4/8/2010, aplicando-se a Súmula nº 150-STF. O beneficiário de ação coletiva teria cinco anos para o ajuizamento da execução individual, contados a partir do trânsito em julgado de sentença coletiva, e o prazo de 20 anos para o ajuizamento de ação de conhecimento individual, contados dos respectivos pagamentos a menor das correções monetárias em razão dos planos econômicos***".

E, em sede de Recurso Representativo de Controvérsia, REsp nº 1.388.000/PR, cadastrado sob o tema nº 877, o C. Superior Tribunal de Justiça assim sedimentou seu entendimento:

"**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 n.8.078/90.**"

Dispõe o art. 94 do CDC:

"*Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.*"

Referido normativo disciplina a hipótese de divulgação da notícia da propositura da ação coletiva, para que eventuais interessados possam intervir no processo ou acompanhar seu trâmite, nada estabelecendo, porém, quanto à divulgação do resultado do julgamento.

Logo, a invocação do art. 94 do CDC não tem pertinência com a definição do início do prazo prescricional para o ajuizamento da execução singular, nem importa em sua suspensão ou interrupção.

As causas de suspensão e interrupção da prescrição estão previstas expressamente no Código Civil (arts. 197 a 199 e 202 do CC) e não poderiam ser ampliadas pela Nobre Magistrada de primeiro grau ao determinar a publicação de edital com tal efeito, tanto que não o fez e, inclusive, revendo seu entendimento anterior, passou a decretar a prescrição do direito ao cumprimento de sentença nos casos como o presente.

Acesso ao Sumário

Dessa forma, restou configurada a prescrição, pois a r. sentença proferida na ação coletiva transitou em julgado aos 15 de abril de 2010, e a parte autora ajuizou a presente execução individual em desacordo, portanto, com o artigo 132, § 3º, do Código Civil ("*Os prazos de meses e anos expiram no dia de igual número do de início, ou no imediato, se faltar exata correspondência*"), sendo que, nos termos do artigo 132, *caput*, do Código Civil, os prazos prescricionais devem ser computados excluindo-se o dia do começo, porém incluído o do vencimento.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1064202-70.2017.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ISABELLE PAOLA SANTOS COSTA (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados SUPER PIZZA PAN e IFOOD AGÊNCIA DE SERVICOS DE RESTAURANTES LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.390)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARANTES THEODORO (Presidente) e JAYME QUEIROZ LOPES.

São Paulo, 9 de outubro de 2018.

WALTER CESAR EXNER, Relator

Ementa: Apelação. Compra e venda. Indenização. Refeição encomendada por aplicativo de celular. Residência da autora fora da área de entrega. Dano moral. Inocorrência. Mero aborrecimento. Sentença mantida. Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de indenização por danos morais movida por Isabelle Paola Santos Costa em face de Super Pizza Pan e Ifood Agência de Serviços de Restaurantes Ltda., que a respeitável sentença de fls. 163/165, de relatório adotado, julgou improcedente, condenando a autora ao pagamento das custas,

despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Inconformada, recorre a autora alegando, em síntese, ter sofrido frustração e tristeza diante da espera por longo período para receber o alimento que encomendou. Aduz que a conduta das rés ofende o Código de Defesa do Consumidor ao praticarem comércio enganoso, vez que disponibilizam oferta para a região de residência da autora quando, em verdade, o estabelecimento comercial afirma estar fora da área de entrega. Requer, assim, a reforma da sentença para que sejam as rés condenadas ao pagamento de indenização por danos morais.

O recurso foi contra-arrazoado pela corré Ifood e encaminhado a este Tribunal.

É o relatório.

Narra a autora na inicial que, em **18.11.2017**, através do aplicativo operado pela corré Ifood.com, fez um pedido de pizza no restaurante da corré Super Pizza Pan e que, ultrapassado o tempo estimado de espera, entrou em contato com a pizzaria e foi informada de que a região de sua residência não era atendida para entrega e o pedido seria, assim, cancelado. Afirma a autora que, diante do descaso das rés em solucionar o problema e da permanência do anúncio mesmo para áreas não abrangidas pelo serviço, faz jus ao recebimento de indenização por danos morais.

Ocorre que a reparação dos danos morais somente se mostra pertinente quando demonstrada a ocorrência de lesão a bem extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (vida, integridade física, liberdade, honra, nome, etc), ressalvadas as hipóteses de presunção, que não ocorrem no caso em comento, tal como a negativação indevida, a qual tem natureza *in re ipsa*.

Fazia-se necessária a prova inequívoca de fato suficiente a ocasionar constrangimento ou aborrecimento relevante, capaz de ferir a honra da autora-apelante.

Na espécie dos autos, contudo, não se vislumbra a ocorrência de grave transtorno, vergonha ou desgosto suportado pela autora que fuja da normalidade a ponto de ocasionar inquietação ou desequilíbrio em sua vida íntima, mas, ao contrário, as circunstâncias do caso configuram apenas dissabores que não têm o condão de ofender a moral de uma pessoa comum, porquanto a mera frustração à expectativa de fazer a refeição desejada, embora inconveniente, como bem pontuado pela r. sentença, não gera maiores prejuízos àqueles que a enfrentam.

Na lição de Sergio Cavalieri Filho, "*só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor,*

Acesso ao Sumário

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." (*in* "Programa de responsabilidade civil", Atlas, 8ª ed., 2008, p. 83/84).

Nesse diapasão, há que se reconhecer que o mero desconforto decorrente de relações contratuais mal sucedidas não basta para configurar o dano moral, sendo preciso que haja ofensa anormal à personalidade.

Destarte, porquanto não configurado qualquer prejuízo suscetível de reparação por danos morais, é de rigor a manutenção da r. sentença, majorando-se os honorários advocatícios para 12% do valor da causa, observada a gratuidade concedida.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1025853-84.2016.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante CARLOS DONIZETE DE OLIVEIRA. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO VOLKSWAGEN S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U., declara voto convergente o segundo Juiz.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 27658)**

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

São Paulo, 9 de outubro de 2018.

BERENICE MARCONDES CESAR, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: BUSCA E APREENSÃO. COMPROVAÇÃO DA MORA. Inocorrência. Para a comprovação da mora deve-se demonstrar a efetiva entrega da notificação no endereço declinado no contrato, ainda que recebida por terceiro, ou demonstrar que

o óbice encontrado para sua entrega decorreu de mudança de endereço sem prévio aviso - hipótese dos autos na qual o Autor apenas trouxe aos autos instrumento de protesto no qual consta intimação por edital, modalidade, contudo, não mais prevista em lei como aceitável para a comprovação da mora do consumidor, após a alteração legislativa promovida em 2014. Indeferimento da petição inicial e extinção do processo, sem resolução do mérito. Verbas sucumbenciais pelo Autor. RECURSO DO RÉU PROVIDO, com observação.

VOTO

Trata-se de "ação de busca e apreensão com pedido liminar" ajuizada por BANCO VOLKSWAGEN S/A contra CARLOS DONIZETE DE OLIVEIRA, julgada procedente pela r. sentença (e-fls. 98/100), para consolidar nas mãos do Autor a propriedade plena e exclusiva do bem, tornando definitiva a liminar. Em razão da sucumbência, condenou o Réu ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais fixados em 10% sobre o valor da causa, observada a gratuidade concedida.

Inconformado, o Réu interpôs o presente recurso (e-fls. 103/118), desafiando contrarrazões do Autor (e-fls. 120/136).

É o relatório.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra r. sentença do Juízo "a quo", que julgou procedente o pedido formulado na petição inicial, consolidando nas mãos do Autor a posse e a propriedade plenas do bem, tornando definitiva a liminar concedida.

No caso em exame, o Autor sustentou ter havido comprovação da mora da Ré "por meio da notificação formalizada por carta registrada com aviso de recebimento" (e-fls. 02), tendo salientado, em sede de contrarrazões, que referida missiva notificatória teria sido encaminhada ao endereço constante do contrato entabulado entre as partes (e-fl. 125).

Pois bem. Para que se caracterize a mora do devedor, não se exige o recebimento da notificação por ele próprio, devendo-se, no entanto, demonstrar a efetiva entrega da notificação no endereço declinado no contrato, ainda que recebida por terceiro, ou demonstrar que o óbice encontrado para sua entrega decorreu de mudança de endereço sem prévio aviso.

Tem-se, ademais, que a comprovação prévia da mora do devedor, no momento do ajuizamento da demanda, constitui pressuposto de cabimento da própria ação de busca e apreensão, sob pena de indeferimento da petição inicial.

Acesso ao Sumário

Conforme o disposto no art. 3º, do Dec- Lei 911/69, com redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014: "*O proprietário fiduciário ou credor poderá, desde que comprovada a mora, na forma estabelecida pelo § 2o do art. 2o, ou o inadimplemento, requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, podendo ser apreciada em plantão judiciário.*"

Nesse sentido, o enunciado da Súmula nº 72 do C. STJ estabelece que "*a comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente*".

Dessa forma, não só a existência da mora consubstancia pressuposto ao ajuizamento da ação de busca e apreensão, como a sua comprovação é um requisito para a concessão da liminar.

Na hipótese dos autos, conforme observado, tem-se que a comprovação da mora se deu por meio de protesto do título e, diversamente do quanto alegado pelo Autor, no sentido de que efetuada por carta registrada com aviso de recebimento, a intimação se deu por edital, conforme se extrai do instrumento de protesto lavrado (e-fl. 22).

Vale dizer, a notificação encaminhada por carta não teve retorno do correio, não constando qualquer informação quanto ao motivo da devolução (e-fls. 20/21), não sendo apta a surtir efeitos no que tange à comprovação da mora.

Acontece que, aqui, deve-se ponderar que alteração legislativa promovida em 2014 excluiu a possibilidade de se considerar válida a tentativa de comprovação da mora mediante instrumento de protesto. Com efeito, o art. 2º, § 2º, do Decreto-lei nº. 911/69, permitia a comprovação da mora, a critério do credor, mediante a utilização de carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título. Mas, com o advento da Lei nº. 13.043, de 2014, a redação foi alterada, passando a constar o seguinte:

"Art. 2º. (...)

§ 2º. A mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e ***poderá ser comprovada por carta registrada com aviso de recebimento***, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário." (destacado).

Logo, o instrumento de protesto foi excluído da possibilidade de comprovação da mora do devedor nos casos regidos pelo Decreto-lei nº. 911/69, como na hipótese dos autos e, desse modo, a notificação extrajudicial que instruiu a inicial, de fato, não se presta para comprovar a constituição em mora do Réu, objeto desta ação de busca e apreensão.

Dessa forma, é o caso de acolhimento das razões invocadas no presente

Acesso ao Sumário

recurso, a fim de considerar a inexistência de mora na espécie, reconhecendo-se a falta de interesse de agir do Autor, com a necessidade do indeferimento da petição inicial e consequente extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos dos arts. 330, III e 485, I e VI, ambos do CPC/2015. E, em razão da sucumbência, condenar o Autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais, ora fixados, em atenção ao disposto no art. 85, §2º, do CPC/2015, em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Ainda, para determinar a imediata devolução do bem apreendido, observando, se o caso, a disposição contida no §6º do art. 3º do Decreto-Lei 911/69.

Ante o exposto, **CONHEÇO** e **DOU PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto pelo Réu, *para reconhecer a inocorrência de comprovação da mora apta a garantir a utilidade e necessidade do provimento buscado pelo Autor e, assim*, **JULGAR EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO**, com base nos arts. 330, III e 485, I, ambos do CPC/2015, *indeferindo a petição inicial da ação de busca e apreensão*. Ainda, para **DETERMINAR** a imediata devolução do veículo apreendido ao Réu, **com observação** quanto à eventual aplicação do art. 3º, §6º, do Decreto-Lei 911/69. Em razão da sucumbência, condeno o Autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais, ora fixados, em atenção ao disposto no art. 85, §2º, do CPC, em 10% sobre o valor atualizado da causa.

DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE

(Voto nº 32.762)

Adotando o relatório lançado pela eminente Relatora, apresento esta declaração de voto apenas para ressalvar que, consoante entendimento consolidado em julgado do Superior Tribunal de Justiça pela sistemática de recursos repetitivos, considero ser possível, à escolha do credor, o protesto de cédula de crédito bancário garantida por alienação fiduciária.

Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consolidado no julgamento do recurso especial nº 1.398.356/MG, realizado segundo a sistemática dos recursos repetitivos e relatado pelo eminente Ministro Luis Felipe Salomão, "**1. O tabelião, antes de intimar o devedor por edital, deve esgotar os meios de localização, notadamente por meio do envio de intimação por via postal, no endereço fornecido por aquele que procedeu ao apontamento do protesto; 2. É possível, à escolha do credor, o protesto de cédula de crédito bancário garantida por alienação fiduciária, no tabelionato em que se situa a praça de pagamento indicada no título ou no domicílio do devedor.**" (2ª Seção - J. 24.02.2016).

Acesso ao Sumário

Ainda sobre o protesto por edital, confira-se julgado daquela Corte Superior, relatado pelo eminente Ministro Sidnei Beneti e condensado na ementa a seguir:

"**AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INEXISTÊNCIA. BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. MORA. COMPROVAÇÃO. PROTESTO POR EDITAL. VALIDADE.**

1.- (...)

2.- De acordo com a jurisprudência pacífica deste Tribunal a mora constitui se *ex re* nas hipóteses do art. 2.º, § 2.º, do Decreto-Lei n.º 911/69, ou seja, uma vez não paga a prestação no vencimento, já se configura a mora do devedor, que deverá ser comprovada por carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, a critério do credor.

3.- A jurisprudência desta Corte considera válido, para esse efeito, o protesto do título efetivado por edital, desde que comprovado nos autos que o devedor encontra-se em lugar incerto, o que ocorreu no presente caso, conforme consta do Acórdão recorrido.

4.- Agravo Regimental improvido." (*grifo nosso* - AgRg nos EDcl no AREsp Ag 170.065/MG - 3ª Turma - J. 07.08.2012).

Pois bem.

No caso vertente, o protesto foi realizado pelo tabelionado de Osasco, mesmo domicílio do devedor.

Não obstante, o protesto foi efetuado por edital em agosto de 2016 (fls. 22), após duas frustradas tentativas de notificação extrajudicial devolvida pelo Correio sem cumprimento porque o Carteiro não foi atendido (fls. 17/21).

O fato de o devedor não ter atendido o Carteiro ou não ter sido encontrado quando das tentativas de notificação extrajudicial não se mostra suficiente para concluir que ele estaria em local incerto e, por conseguinte, não tem o condão de conferir validade ao protesto efetivado por edital.

De outra banda, salienta-se que a Súmula nº 72 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que "**a comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente**".

Em face desse contexto, que revela a ausência de comprovação da mora, o indeferimento da inicial e a extinção do processo sem resolução de mérito impunha-se mesmo como medida de rigor.

Efetuados os esclarecimentos acima, pelo meu voto, também dou provimento ao recurso, nos termos do voto da i. Relatora.

CESAR LACERDA, Desembargador, 2º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0010226-09.2011.8.26.0510, da Comarca de Rio Claro, em que é apelante ELIANE APARECIDA DIAS SARTORI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado AMERICAN LIFE SEGUROS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª 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 33.483)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARANTES THEODORO (Presidente sem voto), WALTER CESAR EXNER e JAYME QUEIROZ LOPES.

São Paulo, 15 de outubro de 2018.

PEDRO BACCARAT, Relator

Ementa: Consignação em pagamento. Seguro de vida em grupo. Morte do segurado. Beneficiário não indicado. Aplicação do art. 792, 'caput' e parágrafo único, do CC. Dúvida sobre quem é o credor da indenização. Segurado casado, mas separado de fato. União estável constituída em momento posterior ao do casamento, mas rompida antes do falecimento. Parte da indenização reservada ao cônjuge que deve ser repartida entre a mulher e a companheira, em atenção aos limites do recurso. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou procedente a ação de consignação em pagamento. O magistrado, Doutor Cláudio Luís Pavão, admitiu a ação consignatória contra os possíveis beneficiários de seguro de vida em grupo e considerou extinta a obrigação da Autora com o depósito do valor da indenização, que não sofreu nenhuma impugnação. Determinou que 50% do valor da indenização seja destinado à companheira do falecido segurado e os outros 50% aos filhos do *de cujus*. Afastou o direito da esposa do segurado ao recebimento de parte da indenização, imputando-lhe as custas e despesas do processo, com honorários advocatícios arbitrados em 20% do valor consignado.

Acesso ao Sumário

Apela a Ré Eliane Aparecida Dias Sartori, esposa do segurado, alegando que o acórdão proferido na ação de reconhecimento e dissolução de união estável, movida por Maria Aparecida Correa contra a Apelante e suas filhas, reconheceu a validade da união estável, mas também do casamento. Sustenta que tem direito à metade do valor atribuído à companheira do segurado.

Recurso regularmente processado.

É o relatório.

American Life Seguros ajuizou ação consignatória visando o pagamento de indenização securitária em razão do falecimento de Sérgio Antônio Sartori. Alega a Autora que o segurado era casado com Eliane Aparecida Dias Sartori, deixou cinco filhos, mas também mantinha união estável com Maria Aparecida Correa, esta que ajuizou ação de reconhecimento de união estável, daí a dúvida sobre quem seriam os beneficiários do seguro, já que a apólice não traz esta informação.

Nos autos da ação de reconhecimento e dissolução de união estável *post mortem*, movida por Maria Aparecida Correia contra Eliane Aparecida Dias Sartori, Camila Cristina Sartori, Carina Cristina Sartori e Caroline Cristina Sartori, esposa e filhas do falecido Sérgio Antônio Sartori, a sentença de parcial procedência reconheceu a união estável no período compreendido entre 1999 e 2008, e declarou a validade do casamento entre Elaine e Sérgio. Em pesquisa realizada no site deste Tribunal, constatou-se a seguinte anotação na sentença: "*As testemunhas arroladas pela autora também confirmam o relacionamento deles, o qual era público. No período em questão, o que se depreende do testemunho de Maria Aparecida Victor (fls. 193), é que o relacionamento terminou dois anos antes de seu falecimento e Sérgio já não morava mais no mesmo endereço da autora e ao que parece estavam apenas namorando. Os documentos de fls. 69, 71/85 mostram que Sérgio estava vivendo no endereço de seus genitores, assim afirmou a mesma testemunha: 'Segundo soube quando ele faleceu, ele morava com os pais dele, e disso ficou sabendo através da autora.' (fls. 193). Da mesma forma, Sérgio convivia na residência das rés, alguns dias da semana ali passava, porém, isso não prova a união estável com Eliane, aliás, não houve reconvenção. O que se vê é que Sérgio mantinha duas famílias ao mesmo tempo (...)*".

O recurso de apelação interposto pelas Rés na ação de reconhecimento e dissolução de união estável foi parcialmente provido pela Colenda 5ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal. O acórdão manteve o reconhecimento da união estável e da validade do casamento.

A esposa do falecido pretende o recebimento de metade do valor destinado à companheira dele. Ressalta que a validade do casamento fora expressamente reconhecida.

Acesso ao Sumário

Assim dispõe o art. 792, *caput* e parágrafo único do Código Civil: "*Art. 792: Na falta de indicação da pessoa ou beneficiário, ou se por qualquer motivo não prevalecer a que foi feita, o capital segurado será pago por metade ao cônjuge não separado judicialmente, e o restante aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem da vocação hereditária. Parágrafo único: Na falta das pessoas indicadas neste artigo, serão beneficiários os que provarem que a morte do segurado os privou dos meios necessários à subsistência*".

O certificado do seguro não aponta beneficiários (fls. 14).

Maria Aparecida Correia manteve união estável com o segurado entre 1999 e 2008, conforme sentença proferida na ação declaratória.

A jurisprudência desta Corte tem admitido, caso não indicado o beneficiário do seguro, o pagamento de parte da indenização securitária ao companheiro do segurado que foi casado, mas estava separado de seu cônjuge: "*Consignação em pagamento. Seguro de vida em grupo. Morte do segurado. Ausência de indicação de beneficiário. Dúvida sobre quem deve receber o pagamento da indenização. Cônjuge supérstite separada de fato do falecido há muitos anos. Pagamento que deve ser efetuado aos herdeiros e à companheira do segurado, uma vez que restou amplamente demonstrada a união estável. Interpretação sistemática e teleológica do artigo 792 do Código Civil. Sentença mantida. Recurso improvido.*" (Apelação nº 1036529-05.2017, relator Desembargador Ruy Coppola).

Neste sentido também o comentário de Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes na obra "Código Civil Interpretado", Ed. Renovar, 2ª ed., p. 604/605: "*A segunda inovação foi trazida a lume pelo parágrafo único deste dispositivo, segundo o qual, 'na falta das pessoas indicadas neste artigo, serão beneficiários os que provarem que a morte do segurado os privou dos meios necessários à subsistência'. Esta última disposição, nas palavras de Silvio de Salvo Venosa, é de lídima justiça social, embora, provavelmente, deva suscitar discussões de ordem prática no caso concreto (Direito Civil, p. 379).*

Não mencionou o legislador o(a) companheiro(a) como apto(a) a receber qualquer parte do capital segurado. Não há razão para excluí-lo(a), considerando-se ter a união estável amparo constitucional, como entidade familiar (CF, art. 226, § 3º). O reconhecimento da qualidade de companheiro pressupõe a inexistência de cônjuge ou o término da sociedade conjugal, a teor do art. 1.723 (v. comentário). O companheiro é herdeiro legítimo, não influindo o regime de bens na sua capacidade sucessória. Ademais, à semelhança do cônjuge, o companheiro concorre na herança com os descendentes do autor, na forma do art. 1.790 (v. comentário). Diante disto, seria irrazoável negar-se o direito do companheiro para favorecer o cônjuge separado de fato, em

Acesso ao Sumário

apego à literalidade do texto legal, que exclui apenas o cônjuge separado judicialmente".

No caso, entretanto, a ex-companheira do segurado não comprovou que a união estável se estendeu até a época do falecimento. Com efeito, a sentença proferida na ação de reconhecimento e dissolução reconheceu a existência de união estável entre 1999 e 2008, e o segurado faleceu em 2010, quando morava na casa dos pais.

Neste quadro, tendo em conta que o casamento do falecido não foi dissolvido, antes o magistrado reconheceu sua validade na sentença que julgou a ação de reconhecimento e dissolução de união estável, a metade da indenização deve ser paga à esposa, Apelante.

Isso porque a separação de fato não é hipótese de dissolução do casamento, como se extrai do art. 1.571 do Código Civil, ainda que constituída união estável por um dos cônjuges. Por outro lado, um dos requisitos para caracterização da união estável é a continuidade, conforme art. 1.723 do mesmo diploma, do que resulta que o rompimento do relacionamento encerra a união. Assim, a sociedade conjugal não foi dissolvida, enquanto e a união estável terminou, daí o direito da Apelante ao recebimento de parte da indenização.

Entretanto, a Apelante pleiteou o recebimento apenas da metade do valor atribuído à ex-companheira do falecido, e neste limite deve ser acolhido o pedido.

De tudo resulta o reconhecimento do direito da Apelante ao recebimento da metade do valor atribuído à companheira do falecido. A Apelante e a companheira do segurado deverão ratear as verbas de sucumbência, pois apresentaram resistência ao pedido de consignação, o que leva ao parcial provimento do apelo, já que a recorrente pediu a inversão da sucumbência.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, nos termos da fundamentação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1025075-52.2017.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante JÁCOMO SOLER PANTANO, é apelado MOISES FERNANDO GOMES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 37ª 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 37768)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ISRAEL GÓES DOS ANJOS (Presidente) e PEDRO KODAMA.

São Paulo, 17 de outubro de 2018.

JOSÉ TARCISO BERALDO, Relator

Ementa: COMPETÊNCIA - Apelação - Sentença proferida em ação de reintegração de posse relativa a veículo automotor - Competência atribuída a uma das 25ª a 36ª C. Câmaras de Direito Privado pelo inciso III.14, do art. 5º da Resol. nº 623/2013 do Órgão Especial do C. Tribunal de Justiça - Redistribuição determinada - Apelação não conhecida.

VOTO

Apelação interposta contra r. sentença - proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. Lavínio Donizetti Paschoalão - que julgou improcedente ação de reintegração de posse de bem móvel (veículo automotor); os honorários advocatícios foram arbitrados em 10% do valor da causa.

Sustenta o apelante (autor) em que houve em processo distinto a desistência formal por parte do requerido da adjudicação do veículo e em que a r. sentença deixou de analisar a prova dos autos. Reiterou as alegações da inicial e das manifestações anteriores.

Bate-se o apelado, em resposta, pela manutenção do quanto decidido.

Recurso, no mais, bem processado.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

O presente recurso de apelação é oriundo de ação dita "de reintegração de posse" relativa a bem móvel ("veículo I/BMW, modelo X-1 SDrive, ano 2010, modelo 2011, cor preta, placas ETG3133, Renavam 00263549739,", cf. fls. 02/03).

Trata-se, então, de uma daquelas "ações que versem sobre a posse, domínio ou negócio jurídico que tenha por objeto coisas móveis, corpóreas e semoventes", cuja competência é da Terceira Subseção de Direito Privado, conforme o inciso III.14 do art. 5º da Resol. nº 623/2013 do C. Órgão Especial (D.O.E. de 06.11.2013).

Em face do exposto, não se conhece da apelação e determina-se a redistribuição para uma das 25ª a 36ªs. Câmaras de Direito Privado.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1012773-65.2015.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que são apelantes BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A e ZURICH SANTANDER BRASIL SEGUROS E PREVIDÊNCIA S/A, é apelada SUELI ALVES HENKELS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 37ª 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 37775)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ISRAEL GÓES DOS ANJOS (Presidente) e PEDRO KODAMA.

São Paulo, 17 de outubro de 2018.

JOSÉ TARCISO BERALDO, Relator

Ementa: COMPETÊNCIA - Apelação - Sentença proferida em embargos à execução decorrente de contrato de seguro de vida e acidentes pessoais - Competência atribuída a uma das 25ª a 36ª C. Câmaras de Direito Privado pelo inciso III.8, do art. 5º da Resol. nº 623/2013 do Órgão Especial do C. Tribunal de Justiça - Redistribuição determinada - Apelação não conhecida.

VOTO

Apelação interposta contra r. sentença - proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. Eduardo Hipolito Haddad - que julgou improcedentes embargos à execução de valores decorrentes de indenização de seguro de vida e acidentes pessoais; os honorários advocatícios foram arbitrados em 10% sobre o valor da causa.

Sustentam os apelantes em que são partes ilegítimas para figurar no polo passivo da execução; em que "o seguro não estava ativo no momento do falecimento do segurado, por falta de pagamento dos prêmios"; em que é desnecessária a notificação para o pagamento dos prêmios em aberto e em que a correção monetária deve incidir da data do ajuizamento da demanda e os juros da data da citação, formulando, por fim, pedido alternativo pela condenação da embargada ao pagamento retroativo de "todos os prêmios mensais em atraso" em caso de manutenção da condenação ao pagamento.

A apelada pede, em resposta, a preservação do resultado.

Acesso ao Sumário

Recurso, no mais, bem processado.

É o relatório.

O presente recurso de apelação é oriundo de embargos à execução de valores decorrentes de seguro de vida e acidentes pessoais (fls. 75) que possui, entre outras coisas, cobertura contratada em caso de morte, invalidez permanente total ou parcial por acidente e auxílio funeral.

Trata-se, então, de uma daquelas "ações e execuções referentes a seguro de vida e acidentes pessoais", cuja competência, anteriormente do extinto C. Segundo Tribunal de Alçada Civil (item IX do título "Segundo Tribunal de Alçada Civil") constante do Provimento nº 63/2004 (D.O. de 13.09.2004) do C. Tribunal de Justiça, passou a ser da Terceira Subseção de Direito Privado, conforme o inciso III.8 do art. 5º da Resol. nº 623/2013 do C. Órgão Especial (D.O.E. de 06.11.2013).

Em face do exposto, não se conhece da apelação e determina-se a redistribuição para uma das 25ª a 36ªs. Câmaras de Direito Privado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001450-67.2017.8.26.0453, da Comarca de Pirajuí, em que é apelante EBER GIRALDI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE PIRAJUÍ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Em julgamento estendido, por maioria, deram parcial provimento ao recurso, vencido o 3.º juiz, que declara.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.127)**

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

São Paulo, 12 de novembro de 2018.

GILBERTO LEME, Relator

Ementa: ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. QUEDA DE MOTOCICLISTA EM VIA PÚBLICA APÓS PASSAGEM POR LOMBADA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. DESCABIMENTO. CULPA CONCORRENTE EVIDENCIADA PELAS PROVAS COLIGIDAS AOS AUTOS EM RAZÃO DA MÁ

Acesso ao Sumário

ILUMINAÇÃO DA VIA, LOMBADA IRREGULAR E SINALIZAÇÃO COBERTA PELAS ÁRVORES. DANOS MORAIS E MATERIAIS DEVIDOS, CONSIDERADA A PROPORÇÃO DE CULPAS. DANOS ESTÉTICOS. CICATRIZ EM CRÂNIO QUE NÃO TERIA SIDO PRODUZIDA SE O AUTOR ESTIVESSE UTILIZANDO CAPACETE OU PRENDIDO ADEQUADAMENTE O REFERIDO EQUIPAMENTO. RESSARCIMENTO INDEVIDO. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto à r. sentença de fls. 122/130 que julgou improcedentes os pedidos formulados em ação de indenização envolvendo acidente de trânsito em via pública. Em razão da sucumbência, foi o autor condenado a pagar as custas, despesas processuais e honorários arbitrados em 10% sobre o valor da causa, observada a gratuidade processual.

O autor insiste na procedência dos pedidos indenizatórios porquanto, como foi reconhecido na r. sentença, a via em que trafegava apresentava irregularidades como má sinalização, escuridão, além do que a lombada em que passou com sua moto se encontrava fora dos padrões ("era alta") e a placa indicando sua existência estava encoberta pelas árvores, fato confirmado por fotografias e testemunhas, de forma que entende ser culpa da Municipalidade a ocorrência do acidente. Argumenta, ainda, que não há prova de que o recorrente estivesse trafegando em alta velocidade, não evidenciada culpa de sua parte pelo evento.

Recurso tempestivo, dispensados de preparo por ser o autor beneficiário da gratuidade processual e respondido.

É o relatório.

Narra a petição inicial que, em 14.01.2017, por volta das 2:26h, o autor estava trafegando com sua motocicleta pela Avenida Sebastião do Pouso Alegre, situada no Município de Pirajuí, quando, ao passar por lombada existente na altura do número 25, perdeu o equilíbrio e colidiu seu corpo com o solo, sofrendo vários politraumatismos, perfuração em tímpano e corte na cabeça de aproximadamente 20 cm e que resultou em "18 pontos". Requereu, assim, em face da Municipalidade de Pirajuí a indenização por danos morais, materiais e estéticos decorrentes do acidente por alegar culpa objetiva e negligência decorrente da altura inadequada do obstáculo e por estar a sinalização do mesmo encoberta pelas árvores.

Em contestação, a ré afirma que não há prova de que o acidente ocorreu

Acesso ao Sumário

por culpa única e exclusiva de lombada existente na via pública em razão de inexistir testemunhas presenciais do fato. Argumenta, ainda, que se estivesse conduzindo a moto com velocidade compatível com o local, as consequências do evento não seriam tão graves, pugnando pela improcedência por ausência de nexo de causalidade.

A Juíza *a quo* julgou improcedente a pretensão inicial, acatando a tese de defesa de que o autor estaria trafegando em velocidade incompatível com a via pois, do contrário, não teria sofrido lesões físicas graves, o que indica que o choque foi acentuado, não revelando a cautela exigida para tráfego de madrugada, em rua escura e cheia de árvores.

Pois bem. Embora correta a conclusão da r. sentença no sentido de que o autor teve culpa por trafegar em velocidade incompatível com o local, o que se presume pela gravidade das lesões sofridas, entendo que emana do conjunto probatório (fotografias e testemunhos), a culpa concorrente da Municipalidade, uma vez que é seu dever cuidar da iluminação pública e, ao colocar um obstáculo na via, como é a lombada, zelar para que tenha altura adequada e haja sinalização.

Extrai-se da aludida prova documental e oral que o local não era bem iluminado, mas escuro, a lombada era "alta", ou seja, fora dos padrões normais e não havia como saber de sua existência, visto que a sinalização que estava a seu lado se encontrava encoberta pela copa de árvores.

Assim, o acidente também foi motivado pela negligência do Poder Público, o que não pode ser relevado.

Afasta-se, assim, a improcedência e passa-se à apreciação dos danos alegados na inicial.

Na inicial o autor alega que sofreu danos morais em razão do trauma ocasionado pelas inúmeras lesões sofridas, salientando o demandante em seu depoimento pessoal que teve que permanecer treze dias internado, inclusive em UTI, afastou-se do trabalho por três meses e ainda ficou alguns outros meses realizando fisioterapia, além de estar com sua audição prejudicada porquanto no evento, além das lesões em cabeça e clavícula, perfurou o tímpano.

O dano moral prescinde de prova, porquanto não se discute o abalo psíquico experimentado pelo autor em decorrência da proporção das lesões sofridas.

Não fixa a lei, outrossim, parâmetros para o julgador em relação ao *quantum* dos danos morais.

"Na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio econômico dos autores, e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência,

Acesso ao Sumário

com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso". (STJ - 4.ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, REsp n.º 214.381-MG, DJU de 29.11.1999).

No caso em tela, embora o autor tenha pleiteado a título de danos morais a quantia de vinte mil reais, entendo que é suficiente a metade deste valor para fins de ressarcimento, o qual, por sua vez, em razão da culpa concorrente aqui reconhecida deverá ser reduzido à metade, resultando na reparação correspondente a R$ 5.000,00, a ser atualizada a partir desta data e com juros de mora de 1% ao mês a contar da citação.

Quanto ao ressarcimento por danos estéticos, da gravação em vídeo do depoimento pessoal do autor se verifica uma cicatriz em crânio na lateral da cabeça. O ressarcimento, contudo, não é devido porquanto, estivesse o autor utilizando capacete, como afirma, ou tivesse prendido o mesmo de forma adequada, não havia como ocorrer a referida lesão, concluindo-se que deu causa ao dano estético referido.

Enfim, quanto aos danos materiais, também considerando a gravidade das lesões, conclui-se que o choque da moto com a lombada não foi leve, de forma que as avarias descritas no orçamento de fls. 78 são compatíveis com o acidente, devendo ser ressarcido o valor indicado no documento que descreveu as peças, seus valores e valor da mão-de-obra, não sendo obrigatória a apresentação de recibo de pagamento pelos serviços porquanto nada impede que a vítima aguarde o ressarcimento para realizar o conserto.

Deve a ré, portanto, responder por **metade** (em razão da concorrência de culpas) do valor necessário para reparação dos danos no motociclo, ou seja, **metade** da quantia de R$ 2.647,47, a ser atualizada a partir da data do orçamento (09.06.2017) e com juros de mora de 1% ao mês a contar da citação.

Pelo meu voto, dou provimento parcial ao recurso para julgar procedente, em parte, a pretensão inicial a fim de reconhecer a culpa recíproca das partes, condenando o réu ao pagamento da indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00, com correção monetária a partir da data do presente julgado e com juros de mora a partir do evento danoso (Súmula 54 do STJ) e danos materiais no valor de R$ 1.323,74, a ser atualizada a partir da data do orçamento (09.06.2017) e com juros de mora a contar da citação, observando-se que, por força da modulação determinada pelo Egr. STF, após o julgamento das ADIs n.º 4.357 e n.º 4.425, deverá incidir a atualização monetária o percentual cominado pelo IPCA-E e, aos juros, a taxa de 0,5% (meio por cento) ao mês. Em razão da sucumbência recíproca, cada uma das partes deverá arcar com metade das custas e das despesas processuais corrigidas, bem como com os honorários advocatícios da parte contrária fixados em 10% sobre o valor da condenação atualizado, observada a gratuidade processual que beneficia o autor.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 20722)

Respeitado o entendimento da douta maioria, dela ouso divergir, nos seguintes termos:

A "lombada" alta não foi a causa do acidente, mas sim a velocidade excessiva em que trafegava o veículo.

Assim, nego provimento ao recurso e majoro os honorários do patrono da Requerida para 15% do valor da causa (com correção monetária desde o ajuizamento da ação e juros moratórios de 1% ao mês desde o trânsito em julgado da decisão), observada a gratuidade processual - em meu voto -, respeitado o entendimento da douta maioria, evidentemente.

FLAVIO ABRAMOVICI, Desembargador, 3º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005721-33.2016.8.26.0008, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes JOÃO FERNANDES SANTANDER e CARLA CARVALHO SANTANDER, é apelado CONDOMÍNIO EDIFÍCIO VILLE CHABLIS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26260)**

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

São Paulo, 21 de novembro de 2018.

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DE COBRANÇA DE MULTA POR INFRAÇÃO CONDOMINIAL - Penalidades previstas na Convenção e no Regimento Interno do condomínio - MULTA APLICADA POR NÃO TEREM PERMITIDO O INGRESSO DE TERCEIRO NA UNIDADE CONDOMINIAL PARA

Acesso ao Sumário

VISTORIA E CONSERTO DE INTERFONE - DESCABIMENTO - Obrigatoriedade não prevista entre os deveres dos condôminos, que somente pode ser imposta no caso de indispensável à inspeção ou realização de trabalhos relativos á estrutural geral do edifício, sua segurança e solidez - Condomínio apelado que não demonstrou se tratar de ordem geral de manutenção da estrutura de interfones em todo o edifício - Caso comprovado o pagamento da referida multa, sua devolução deverá se dar de forma simples, sem aplicação do art. 940 do Código Civil, ausente demonstração de má-fé do autor - MULTAS APLICADAS PELO USO DE FORMA IRREGULAR DA VAGA DE GARAGEM - CABIMENTO - Ainda que dentro dos limites demarcatórios das vagas, há demonstração de que, reiteradas vezes, os corréus agiram de forma a prejudicar deliberadamente o acesso do condômino da vaga vizinha ao seu veículo, em evidente conduta abusiva do seu direito de propriedade, que não pode ser tolerada - Dever dos condôminos de não utilizar suas partes de maneira prejudicial ao sossego ou aos bons costumes - Aplicação do art. 1.336 do Código Civil - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por **JOÃO ERNANDES SANTANDER** e **CARLA CARVALHO SANTANDER** contra a r. sentença de fls. 290/296 que, nos autos da ação de cobrança de multas por infrações condominiais movida por **CONDOMÍNIO EDIFÍCIO VILLE CHABLIS**, julgou parcialmente procedente o pedido, condenando os corréus ao pagamento da multa por impedir o reparo no interno e por estacionar veículo de forma irregular, que totalizam a quantia de R$.4.465,80, com correção desde o ajuizamento e juros de mora a partir da citação. Em razão da sucumbência parcial, determinou que cada parte arcasse com o pagamento da metade das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios da parte contrária, fixados em 20% sobre o valor atualizado da condenação para cada um.

Acesso ao Sumário

Irresignados, **apelam os corréus** (fls. 303/318), sustentando, em síntese, que, na Ação de Obrigação de Fazer nº 1012816-51.2015.8.26.0008, restou

caracterizado que os corréus estacionam seus veículos dentro da demarcação da vaga, desqualificando a infração imposta com base no art. 19 do Regulamento Interno.

Afirmam que o condomínio autor não possui legitimidade para pleitear direitos alheios em nome próprio, uma vez que, se os corréus dificultavam a utilização da garagem por seus vizinhos, estes que deveriam promover a demanda, bem como que, com relação ao interfone, sustentam que o aparelho jamais esteve quebrado e não existe prova nos autos de que foi efetuada comunicação pelo condomínio autor quanto á disponibilização de acesso de empresa terceirizada para verificar seu funcionamento.

Subsidiariamente, pugnam pela redução das multas impostas para 15% do valor da taxa condominial vigente à época das supostas infrações, além da aplicação da penalidade prevista no art. 940 do Código Civil, diante da má-fé do autor, com a devolução em dobro dos valores cobrados indevidamente.

Houve contrariedade ao apelo (fls. 322/332), em defesa do desate da controvérsia traduzido na sentença recorrida.

Inicialmente, o recurso de apelação foi distribuído à 30ª Câmara de Direito Privado (fls. 335), que, no entanto, declinou da competência, haja vista a existência de prevenção em razão da Apelação nº 1012816-51.2015.8.26.0008 (fls. 339/342). Em razão disso, restou redistribuído a este Relator (fls. 346).

É o relatório, passo ao voto.

Segundo consta da exordial, os corréus são moradores da unidade nº 144 do condomínio autor e infringiram, por diversas vezes, as normas do Regimento Interno, sendo aplicadas multas que totalizaram o montante de R$.8.931,60.

Afirma que os corréus foram autuados por: **(i)** estacionar seus veículos de forma incorreta, impossibilitando o acesso ao automóvel do morador da vaga vizinha; **(ii)** desperdiçar água, escoando-a indevidamente da piscina; **(iii)** não comunicar no prazo de 24 horas quanto à disponibilidade para acompanhar técnico da empresa responsável por vistoriar e consertar os interfones das unidades, negando-se a recebê-la; bem como **(iv)** por diversas reclamações de outros condôminos acerca de barulhos excessivos.

A r. sentença julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar os corréus ao pagamento da multa por impedir o reparo no interfone e por estacionarem veículos de forma irregular, totalizando a quantia de R$.4.465,80.

A irresignação dos requeridos comporta provimento em parte, apenas para excluir a multa relativa ao interfone, no valor de uma taxa condominial (R$.893,16 - fls. 46).

I -- Com relação às multas aplicadas pelo uso irregular da garagem, aduzem os corréus, ora apelantes, que estacionam seus veículos dentro da demarcação das vagas, fato que, por si só, desqualifica qualquer alegação de

Acesso ao Sumário

infração ao disposto no art. 19 do Regulamento Interno.

Argumentam, ainda, que, se dificultam a utilização da garagem pelos seus vizinhos, estes que deveriam ingressar com demanda judicial, sendo descabida a aplicação de multa pelo condomínio autor.

Por sua vez, quanto à penalidade relacionada ao interfone, afirmam os apelantes que o aparelho nunca esteve quebrado, nem necessitou de reparos, bem como que o condomínio autor não apresentou comunicado de caráter geral, informando a todos os condôminos acerca da contratação de empresa especializada para verificação dos interfones dos apartamentos.

Verifica-se que ambas as questões foram objeto da ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais (Processo nº 1012816-51.2015.8.26.0008 - fls. 49/61), pretendendo o condomínio autor a condenação para compelir os corréus a estacionarem adequadamente seus veículos e colocarem em pronto uso o interfone dentro de sua unidade condominial.

Em v. Acórdão proferido na referida demanda, proferido por esta C. 32ª Câmara de Direito Privado, de Relator da Eminente Des. Gil Cimino, **reconheceu-se apenas a obrigação de os corréus estacionarem de maneira regular seus veículos**, condenando-os ao pagamento de indenização por danos morais na quantia de R$.10.000,00, diante da conduta lesiva destes, com abuso do direito de propriedade e adoção de posturas inadequadas, que ocasionou mal-estar a toda a coletividade condominial; afastado o pedido de obrigação de manter o interfone em funcionamento por falta de respaldo legal.

Na oportunidade, restou consignado pelo v. Aresto no julgamento da Apelação nº 1012816-51.2015.8.26.0008[1]:

> "***Não há que falar que o Condomínio esteja defendendo em nome próprio interesse alheio, ante os incômodos praticados pelos réus, frente ao proprietário da unidade nº 142.***
>
> ***É que, de acordo com o art. 22 parágrafo 1º, incisos a e b, da Lei nº 4.591/64, compete ao síndico zelar pela defesa dos interesses comuns, nos limites das atribuições conferidas por esta lei ou pela Convenção, além de desempenhar a administração interna do edifício quanto à sua vigência, moralidade e segurança.***
>
> ***Aliás, o síndico no exercício de sua função pode se opor a qualquer um dos coproprietários que pratiquem atos contrários aqueles inseridos na Convenção Condominial, ou que possam molestar os litisconsortes (Condomínio e Incorporações, 11ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.163).***
>
> ***Outrossim, evidentemente que a conduta dos réus se revelara inapropriada, pois, estacionando seus veículos de maneira incorreta, ou seja, bem rente à faixa do lado do passageiro, impediam que***

1 Apelação nº 1012816-51.2015.8.26.0008, 32ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Maria de Lourdes Lopes Gil, j. 24.08.2017.

Acesso ao Sumário

o morador vizinho, do apartamento 142, utilizasse a vaga que lhe era destinada, e que mal conseguia abrir a porta do seu veículo, quando aqueles deveriam estacionar na extremidade oposta para criar um corredor maior ao meio dela, como bem asseverou o Juiz Sentenciante.

Assim, correta a sentença ao determinar aos réus estacionarem de maneira adequada, de forma a garantir o direito de propriedade de seus vizinhos de vaga de garagem, com a observação de que devem estacionar na extremidade oposta, para criar um corredor maior ao meio dela."

É certo que, embora a existência de prejudicialidade externa em razão da conexão entre as demandas, oriundas dos mesmos fatos, não foi realizado o julgamento simultâneo dos feitos, tendo em vista que a Ação de Obrigação de Fazer nº 1012816-51.2015.8.26.0008 já havia sido sentenciada, portanto, se encontravam em fases distintas (fls. 248/249).

Excluída, assim, a obrigação de fazer consistente em manter em funcionamento o interfone existente no interior do apartamento dos corréus, é certo que **não se pode impor a obrigatoriedade de o condômino permitir o ingresso de terceiro para manutenção do referido aparelho, tornando descabida a aplicação da penalidade a este título**.

Até porque, na hipótese dos autos, não houve demonstração pela parte autora que se tratava de uma ordem geral de manutenção da estrutura de interfones em todo o edifício.

Nesse sentido, estabelece a "Convenção de Condomínio", em seu art. 10, alínea "p", que constitui obrigação de todos os condôminos:

"p) permitir o ingresso em suas unidades autônomas do síndico ou pessoas credenciadas, quando isso se tornar indispensável à inspeção ou realização de trabalhos relativos à estrutura geral do edifício, sua segurança e solidez, ou ainda, a realização de reparos em instalações de tubulações de unidades vizinhas, quando necessário;" (fls. 14).

No caso dos autos, nada obstante comprovada a notificação dos corréus quanto à "advertência com imposição de multa" em razão de advertência anteriormente encaminhada para que, no prazo de 24 horas, informassem a disponibilidade de responsável pela unidade acompanhar o técnico da empresa para realização de vistoria e conserto do interfone (fls. 46), não há qualquer comprovação do teor dessa primeira notificação, nem a imprescindível necessidade de se autorizar o ingresso no apartamento, nos termos da obrigação acima referida.

Ressalte-se que, no caso de demonstração pelos apelantes quanto à realização do pagamento desta multa (fls. 46), sua devolução deverá se dar de

Acesso ao Sumário

forma simples, sem falar em aplicação do art. 940 do Código Civil, ausente demonstração de má-fé do autor.

A jurisprudência predominante entende que o credor somente se sujeita às penas previstas no artigo 940 do Código Civil, na hipótese de, maliciosamente, efetuar cobrança indevida. Deve o devedor provar a malícia ou o dolo do autor da ação, sob pena de não serem aplicadas as sanções cominadas no referido artigo.

II -- Por outro turno, **restou amplamente justificada as penalidades impostas pelo uso de forma irregular da vaga de garagem pelos apelantes.**

Absolutamente insubsistente a alegação dos apelantes no sentido de que estacionam seus veículos dentro da demarcação das vagas, o que desqualifica a incidência na infração prevista no art. 19 do Regulamento Interno, que estabelece que:

> "**Art. 19º** - ***Os usuários se obrigam a estacionar seus veículos rigorosamente dentro das faixas demarcatórias das vagas, com as portas dos veículos fechadas, desligados e com o crachá de identificação colocado em lugar visível no veículo***" (fls. 31 - sem grifos no original).

Ora, ainda que dentro dos limites demarcatórios das vagas, há demonstração de que, reiteradas vezes, os corréus agiram de maneira a prejudicar deliberadamente o acesso do condômino da vaga vizinha ao seu veículo, em evidente conduta abusiva do seu direito de propriedade, a qual não pode ser tolerada.

Mesmo porque, incorre o ato praticado em evidente violação ao art. 1.336 do Código Civil, que, em seu inciso IV, prevê como dever dos condôminos a obrigação de não utilizar suas partes de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes.

Afasta-se, ademais, o pedido subsidiário de redução do valor da penalidade para 15% da cota condominial, porquanto o art. 14 da Convenção fixa pena pecuniária de uma a cinco vezes o valor da contribuição mensal (fls. 15), que respeita o limite máximo autorizado pelo §2º do art. 1.336 do Código Civil[2].

III - De rigor, portanto, o provimento em parte do recurso dos corréus, **para afastar tão somente a multa imposta por não terem permitido o ingresso de terceiro para vistoria e conserto do interfone, na quantia de R$.893,16 (fls. 46)**; mantida, no mais, a r. sentença pelos seus próprios e bem lançados fundamentos, inclusive quanto às verbas sucumbenciais impostas.

Mantêm-se os honorários advocatícios devido ao patrono da parte

2 Art. 1.336, § 2º **O condômino, que não cumprir qualquer dos deveres estabelecidos nos incisos II a IV, pagará a multa prevista no ato constitutivo ou na convenção, não podendo ela ser superior a cinco vezes o valor de suas contribuições mensais**, independentemente das perdas e danos que se apurarem; não havendo disposição expressa, caberá à assembleia geral, por dois terços no mínimo dos condôminos restantes, deliberar sobre a cobrança da multa.

contrária, fixados em 20% sobre o valor da condenação para cada qual, haja vista a sucumbência recíproca incorrida e a impossibilidade de compensação de tais verbas, consoante o §14 do art. 85 do CPC.

Deixo, por fim, de fixar honorários recursais, previstos no art. 85, §11, do CPC, porquanto a verba de sucumbência foi fixada no limite do percentual autorizado pelos §§2º e 3º do art. 85 do CPC/2015, sendo vedado a este Tribunal ultrapassá-lo.

Ante o exposto, e pelo meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, nos termos acima alinhavados.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008326-10.2017.8.26.0565, da Comarca de São Caetano do Sul, em que é apelante HENRIQUE JOSÉ PARADA SIMÃO, são apelados BONANÇA TRANSPORTES, LOGÍSTICA, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., HAMILTON DE OLIVEIRA e MARIA ROCHA GUTIERRES YONEMARU.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12920)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FLÁVIO CUNHA DA SILVA (Presidente sem voto), CÉSAR PEIXOTO e EDUARDO SIQUEIRA.

São Paulo, 13 de novembro de 2018.

ACHILE ALESINA, Relator

Ementa: VERBA HONORÁRIA - r. sentença que condenou o apelante ao pagamento de honorários advocatícios em 10% sobre o valor da execução - alegação de ser condenação excessiva - pedido de redução - desnecessidade - inteligência do art. 85, § 2º do CPC - descabimento do critério de equidade, pois não se trata de causa de valor inestimável e nem irrisório - condenação mantida - fixação de honorários recursais - recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Recurso à r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito, Dr. Sérgio Noboru Sakagawa, de fls. 155, que acolheu a impugnação apresentada nos autos da ação de execução de honorários ajuizada pelo apelante. Recorre o exequente pretendendo a reforma, trazendo argumentos que entende socorrer seu posicionamento. Recurso regularmente processado e respondido (fls. 180/182).

Cumpre observar que estes autos foram inicialmente distribuídos ao i. Relator Álvaro Torres Júnior, da C. 20ª Câmara de Direito Privado. Foi proferido v. acórdão de fls. 186/188 não conhecendo do recurso em razão de prevenção de agravo de instrumento julgado por esta C. Câmara de Direito Privado.

É o relatório.

Trata-se de execução de sucumbência ajuizada pelo apelante em face da apelada em razão da verba sucumbencial havia em sede de embargos à execução.

A apelada apresentou a impugnação aduzindo extinção do respectivo cumprimento de sentença, pois houve composição extrajudicial formalizada antes do julgamento dos embargos.

Sobreveio a r. sentença que acolheu a impugnação e condenou o exequente, ora apelante, ao pagamento de honorários advocatícios em 10% sobre o valor da execução.

Recorre o exequente tão somente acerca da disciplina da sucumbência.

Aponta ser excessivo o valor da condenação.

Que o d. juiz sentenciante não observou os parâmetros de avaliação, os quais sejam, o grau e zelo profissional, lugar da prestação de serviço e natureza e importância da causa e o tempo exigido para o seus serviço.

Afirma ser abusiva a verba honorária no valor de R$ 12.296,99.

Requer a reforma da r. sentença neste aspecto.

Transcreva-se o dispositivo da r. sentença:

"**De qualquer forma, sem qualquer suporte o presente cumprimento de sentença, por isso, atendendo-se ao princípio da causalidade, inclusive a postura temerária e injustificada do patrono, condeno-o no pagamento de honorários advocatícios aos ora Executados no percentual de 10% sobre o valor da execução.**

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se."

O recurso não comporta provimento.

O valor da pretensão descrita na inicial é de R$ 122.969,91.

Imposta a condenação do exequente ao pagamento de verba honorária de 10% sobre da execução, corresponde a R$ 12.296,991.

Com efeito, não existe qualquer motivo justificador para a pretendida diminuição, já que o arbitramento atendeu aos critérios legais do art. 85, § 2º e

Acesso ao Sumário

incisos, do CPC, sendo que foi o convencimento do i. Magistrado.

E foi arbitrado em seu patamar mínimo.

Razoável assim a fixação dos honorários advocatícios, considerando a dedicação do profissional, embora a matéria não fosse de alta indagação. Ademais, a redução do valor fixado seria caso de aviltamento do trabalho do profissional.

E o critério da equidade previsto pelo § 8º do art. 85 (sendo mencionado o art. 20, § 4º do CPC revogado) é aplicável tão somente em caso de valor inestimável ou irrisório o proveito econômico, de modo que o apelante não faz jus.

Por fim, é necessário dispor sobre os honorários recursais.

Dispõe a novel legislação processual:

"Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 1º - São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença provisório ou definitivo na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

(...)

§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º e 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3ºo pra a fase de conhecimento.."

O C. STF já pacificou:

"**É cabível a fixação de honorários recursais, prevista no art. 85, § 11, do CPC, mesmo quando não apresentadas contrarrazões ou contraminuta pelo advogado.**

(STF, Plenário, AO 2063, AgR/CE, rel. orig. Min, Marco Aurélio, red. p/ ac. Min. Luiz Fux, julgado em 18/05/2017)".

O impugnante, ora apelado, saiu-se vencedor em 1ª Instância, pois que a ação foi julgada improcedente, condenando-se o exequente, ora apelante, ao pagamento de honorários, fixados estes em 10% sobre o valor execução (fls. 155).

Da mesma forma, com o não provimento do recurso, permanece vencedor em 2ª Instância, sem alteração da sucumbência imposta.

O valor da causa foi estipulado em R$ 122.969,91 (fls. 02).

Observados os limites delineados pelo art. 85, § 11, do CPC, ficam majorados em definitivo os honorários de sucumbência para 11% sobre o valor

Acesso ao Sumário

da execução.

Diante do exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4000219-85.2013.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PRISCILA SOLERA MENDONÇA, é apelado CONDOMÍNIO CONJUNTO RESIDENCIAL BUENA VISTA.

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 32.888)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente) e CESAR LUIZ DE ALMEIDA.

São Paulo, 23 de novembro de 2018.

CESAR LACERDA, Relator

Ementa: Despesas de condomínio. Ação de cobrança. Legitimidade passiva. Alegação de que em razão do divórcio, o imóvel encontra-se ocupado pelo ex-cônjuge. Executada que figura como coproprietária do imóvel. Recurso não provido.

VOTO

Insurge-se a ré contra r. sentença de fls. 304/306, declarada a fls. 311, cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação de cobrança promovida pelo condomínio.

Alega ilegitimidade passiva, por ter se separado de seu ex-cônjuge desde abril de 2012, o qual passou a ocupar o imóvel, sendo a partir daí o responsável pelas parcelas inadimplidas. Discorre sobre a separação judicial e que os efeitos da sentença que decretou o divórcio retroagem à data de sua concessão. Pugna pela reforma da decisão recorrida.

Recurso regularmente processado, com resposta.

É o relatório.

Inicialmente, analiso o pedido de concessão da justiça gratuita à apelante, para deferi-lo em razão dos documentos acostados a fls. 215 e 218/220, até para

Acesso ao Sumário

assegurar o direito de acesso ao segundo grau de jurisdição.

Não obstante, oportuno registrar que a concessão da gratuidade processual à parte vencida após a prolação da sentença não produz efeitos retroativamente, motivo pelo qual não tem o condão de isentá-la do pagamento das verbas da sucumbência fixadas naquela decisão, o que fica observado neste acórdão.

Nesse sentido, confira-se nota de rodapé de Theotonio Negrão, José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli e João Francisco N. da Fonseca ao art. 4º da Lei nº 1.060/50:

"**A concessão da assistência judiciária no curso do processo não retroage ao seu início. 'A gratuidade não opera efeitos *ex tunc*, de sorte que somente passa a valer para os atos ulteriores à data do pedido' (STJ-4ªT., REsp 556.081, Min. Aldir Passarinho Jr., j. 14.12.04, DJU 28.3.05). No mesmo sentido: STJ-3ªT, AI 475.330-AgRg, Min. Gomes de Barros, j. 26.10.06, DJU 4.12.06)**"[1].

Superado esse ponto, posicionou-se corretamente a respeitável sentença recorrida ao repelir a preliminar de ilegitimidade passiva.

Imperioso observar que o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo de modo reiterado que a "**ação de cobrança de quotas condominiais pode ser proposta tanto contra o proprietário como contra o promissário comprador, pois o interesse prevalente é o da coletividade de receber os recursos para o pagamento de despesas indispensáveis e inadiáveis, podendo o credor escolher, - entre aqueles que tenham uma relação jurídica vinculada ao imóvel (proprietário, possuidor, promissário comprador, etc.), - o que mais prontamente poderá cumprir com a obrigação, ressalvado a este o direito regressivo contra quem entenda responsável**".[2] (grifos nossos).

Com a orientação, afinam-se os pronunciamentos que predominam nesta corte, a época do 2º TAC.[3]

Ademais, a norma geral é aquela segundo a qual o proprietário da unidade autônoma responde pelas respectivas despesas condominiais, e propriedade se afere pelo que consta do registro de imóveis.

A r. sentença analisou e decidiu corretamente a questão, deixando

1 *In* CPCLPV, 45ª ed., p. 1.258, nota nº 3.

2 RESP 223282/SC, rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, 4ª T., j. 17/10/2000, DJ 28/05/2001, pg 162; no mesmo sentido, REsp 138.389/MG, 2ª Seção DJ 13/9/99. Cf., dentre outras, Apelações s/ revisão nºs 874978-0/2, 878137- 0/2 e Ag. Inst. n° 893880- 0/0, rel. Des. Celso Pimentel.

3 Cf. Ap. 603.196/7, 1ª C., rel. J. MAGNO ARAÚJO, j. 30.1.2001, com referências aos REsp. nos 164.096- SP e 194.481-SP, 4ª T., rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, j. 30.4.98 e 4.2.99, DJU 29.6.98, pág. 219 e DJU 22.3.99, pág. 216, respectivamente. No mesmo sentido: Ap. 547.904/9, 1ª C., rel. J. AMORIM CANTUÁRIA, j. 15.6.99; Ap. 558.327/0, 4ª C., rel. J. AMARAL VIEIRA, j. 14.12.99; Ap. 589.225/5, 10ª C., rel. J. MARCOS MARTINS, j. 16.8.2000; Ap. 590.941/8, 1ª C., rel. J. VIEIRA DE MORAES, j. 22.8.2000; Ap. 641.625/5, 1ª C., rel. J. VIEIRA DE MORAES, j. 12.9.2000; Ap. 659.277/1, 1ª C., rel. J. MAGNO ARAÚJO, j. 17.10.2000; Ap. 595.519/3, 1ª C., rel. J. AMORIM CANTUÁRIA, j. 6.2.2001; Ap. 595.267/2, 8ª C., rel. J. RENZO LEONARDI, j. 8.2.2001; AI 682.605/1, 5ª C., rel. J. DYRCEU CINTRA, j. 14.2.2001; Ap. 610.512/6, 1ª C., rel. J. MAGNO ARAÚJO, j. 30.7.2001; Ap. 653.931-0/1, 4ª C., j. 31.1.2003, rel. J. CELSO PIMENTEL.

Acesso ao Sumário

consignado que: "**É sabido que as obrigações derivadas do condomínio edilício derivam da propriedade, e não da efetiva fruição do imóvel por parte dos proprietários. Restando incontroverso o fato de que a corré Priscila é co-proprietária do imóvel em questão, detendo o equivalente à metade da cota ideal do bem, conclui-se que é devedora da obrigação (indivisível e solidária). O fato de o imóvel ter ficado sob a posse direta do ex-cônjuge não afeta a obrigação, nem é apto a desobrigar a corré, pois compete- lhe, na qualidade de co-proprietária, concorrer, perante o condomínio, para o custeio das despesas condominiais. Isso não retira da ré Priscila o direito de regresso em face do réu Willian.**

O direito do autor está bem delineado pelos documentos que acompanharam a peça inicial. Os réus são coproprietários (fls. 9/14 e fls. 237/247). Respondem, portanto, solidariamente pelo débito".

O divórcio dos corréus não tem o condão de afastar a responsabilidade pelo débito condominial da ex-cônjuge que não habita mais a unidade, pois não se desvinculou definitivamente do imóvel, inclusive porque no caso concreto, a apelante é coproprietária.

A respeito da matéria, confira-se:

DESPESAS CONDOMINIAIS - Ação de cobrança de despesas condominiais julgada procedente - Conciliação que pode ocorrer a qualquer momento - Inocorrência de continência entre esta ação de cobrança e a ação de divórcio existente entre os coproprietários da unidade condominial devedora - Histórico de débito devidamente discriminado - Coproprietários que, citados, deixam de apresentar qualquer comprovante de pagamento - Sentença mantida - Recurso improvido. (TJSP; Apelação 0013359-33.2013.8.26.0011; Relator (a): Caio Marcelo Mendes de Oliveira; Órgão Julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI - Pinheiros - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 12/11/2015; Data de Registro: 12/11/2015)

Apelação. Cobrança de despesas condominiais. Débito não impugnado. Legitimidade passiva da coproprietária. Sentença de procedência mantida. Partilha não averbada. Precedentes. Ciência do Condomínio não comprovada. Art. 252, RITJSP. Recurso improvido. (TJSP; Apelação 0009476-43.2010.8.26.0477; Relator (a): Bonilha Filho; Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Foro de Praia Grande - 1ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 22/06/2017; Data de Registro: 23/06/2017)

DESPESAS CONDOMINIAIS. AÇÃO DE COBRANÇA. Gratuidade da justiça concedida. Hipossuficiência presumida e não infirmada. Solidariedade entre os coproprietários, a despeito das respectivas frações ideais e posse do imóvel. Correção monetária e juros de mora devidos a partir de cada vencimento. Mora ex re. Recurso da ré provido em parte, desprovido o do réu.(TJSP; Apelação 1013508-41.2015.8.26.0011; Relator (a): Milton Carvalho; Órgão Julgador: 38ª Câmara Extraordinária de Direito Privado; Foro Regional XI - Pinheiros - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/11/2017; Data de Registro: 09/11/2017)

Acesso ao Sumário

Portanto, no caso em tela, imperiosa é a manutenção da legitimidade passiva da apelante, sem prejuízo de seu direito de promover ação de regresso contra o corréu, uma vez que subsiste sua responsabilidade solidária, como bem ponderou a d. magistrada sentenciante.

Por fim, quanto ao pedido de condenação da requerida como litigante de má-fé, deduzido em contrarrazões, não merece prosperar, eis que não se vislumbram características que possam se enquadrar às hipóteses legais, não se caracterizando dolo ou culpa processual que autorize a apenação sugerida.

Considerando o trabalho adicional desenvolvido nesta fase recursal pelo advogado da parte vencedora, os honorários sucumbenciais fixados na sentença ficam majorados de 10% para 12% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 11º, do Estatuto de Ritos de 2015, respeitado o disposto no art. 98, §3º, do citado diploma legal.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1008221-02.2017.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante ELAINE PENTEADO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado TELEFONICA BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso. Fará declaração de voto o 3º Desembargador. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 30719)**

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

São Paulo, 31 de julho de 2018.

CRISTINA ZUCCHI, Relatora

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. TELEFONIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALEGAÇÃO DA AUTORA DE NÃO CONTRATAÇÃO DO SERVIÇO QUE ORIGINOU O DÉBITO. RELAÇÃO CONTRATUAL NÃO COMPROVADA. INEXISTÊNCIA DA DÍVIDA DECLARADA. INDENIZAÇÃO

Acesso ao Sumário

POR DANO MORAL. DESCABIMENTO. APONTAMENTO ANTERIOR. ILEGITIMIDADE NÃO DEMONSTRADA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 385, DO E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE OFENSA A DIREITO DA PERSONALIDADE. SENTENÇA REFORMADA PARA DECLARAR A INEXIGIBILIDADE DO DÉBITO. Apelação parcialmente provida.

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 94/100, sem preparo, por isenção, fls. 18), contra a r. sentença de fls. 89/91, proferida pelo MM Juiz Pedro Luiz Alves de Carvalho, cujo relatório se adota, que julgou improcedente o pedido inicial dispondo que "*revogo a liminar concedida, e extingo o processo nos termos do artigo 487, inciso I do Novo Código de Processo Civil. Em decorrência da sucumbência, condeno a autora ao pagamento de custas, despesas processuais, e honorários advocatícios que fixo em R$ 1.000,00 (um mil reais), observados o artigo 98, § 3º. do Novo Código de Processo Civil. Em razão da litigância de má-fé, condeno a requerente ao pagamento de multa processual de 10% do valor atualizado da causa e indenização em favor da parte contrária por despesas com sua defesa em quantia equivalente a cinco salários mínimos, não se aplicando aqui os benefícios da Justiça gratuita*".

Apela a autora buscando a procedência da ação. Sustenta a incidência do Código de Defesa do Consumidor, notadamente a inversão do ônus da prova. Alega que os documentos juntados pela apelada não bastam para comprovar a origem da suposta dívida, já que se trata de tela virtual que nada prova. Afirma que desconhece o débito, bem como o endereço de instalação dos serviços mencionados no documento trazido pela ré. Assevera que a empresa requerida cometeu ato ilícito, porquanto incluiu indevidamente o seu nome nos cadastros de inadimplentes. Diz que o apontamento indevido acarretou constrangimento, passível de indenização. Pede provimento ao recurso para julgar procedente a ação, com a consequente declaração da inexigibilidade do débito, exclusão do apontamento dos órgãos de proteção ao crédito bem como o pagamento de dano moral, além de custas e honorários advocatícios e o afastamento da litigância de má-fé aplicada.

O recurso é tempestivo (fls. 93/94) e foi recepcionado em primeiro grau (art. 1010 e seguintes do CPC), preenchendo as suas necessárias condições de admissibilidade.

Contrarrazões da ré às fls. 112/123, pugnando pela revogação da justiça gratuita, manutenção da r. sentença e majoração dos honorários advocatícios

Acesso ao Sumário

sucumbenciais.

É o relatório.

O recurso foi regularmente processado.

Inicialmente, quanto à revogação dos benefícios da justiça gratuita concedidos à apelante, verifica-se que os argumentos trazidos pela apelada nas contrarrazões são genéricos, inexistindo qualquer prova robusta que dê sustentação à impugnação, de modo que mantenho o que foi decidido pelo juiz monocrático (fls. 18).

No mais, persegue a autora o decreto de inexistência dos importes cobrados pela ré e a reparação por danos morais a pretexto de que teve seu nome inserido nos cadastros de maus pagadores, por dívida que desconhece.

Citada, a ré apresentou defesa e trouxe documentos (fls. 31/48 e 53/59). Alegou que os débitos oriundos do apontamento se referem ao inadimplemento dos serviços contratados e concernentes à linha telefônica, habilitada em nome da autora e cancelados por falta de pagamento. Afirmou que foram realizados diversos pagamentos até o cancelamento definitivo da linha, por inadimplemento. Argumenta que a inscrição no cadastro de inadimplentes se deu de forma legítima, configurando exercício regular de direito da ré. Impugnou o dever de indenização, ante a existência de outras inscrições em nome da autora no cadastro de proteção ao crédito.

O MM juiz *a quo* julgou improcedente, contudo respeitado o seu entendimento, a demanda merece resultado diverso.

Trata-se de típica relação de consumo, incidindo as normas da Lei nº 8.078/90, com aplicação dos preceitos inerentes ao sistema de proteção do consumidor, em especial à inversão do ônus da prova, nos termos do artigo 6º, VIII.

O apontamento, por eventual débito perante a ré, restou comprovado pela autora (fls. 16/17).

A requerida insistiu na legalidade da cobrança, entretanto não produziu prova robusta e eficaz a demonstrar a efetiva contratação dos serviços.

Muito embora a prestadora de serviços sustente a habilitação de linha telefônica, geradora do débito contestado, o fato é que as telas do seu sistema trazidas com a peça defensória (fls. 54/59) são insuficientes para demonstrar a relação contratual, a utilização dos serviços pela autora, bem como a licitude da cobrança.

Não se ignora as informações contidas nas telas do sistema da ré, contudo, por si só, elas não podem ser consideradas provas seguras a demonstrar o negócio jurídico entabulado pelas partes, cuja análise deve se dar em conjunto com outros elementos trazidos aos autos. E, no caso, a autora nega veementemente que não

Acesso ao Sumário

contratou os serviços, tampouco que realizou qualquer pagamento referente à linha telefônica, de modo que cabia à prestadora dos serviços a comprovação da contratação dos serviços pela autora, sendo certo que o simples argumento de que foram realizados pagamentos de faturas, não prova que ela firmou o contrato.

Além disso, segundo se extrai das telas sistêmicas, trata-se de linha fixa de telefonia, cujo comprovante de instalação não veio aos autos, tampouco as faturas referentes aos serviços utilizados. Ainda, da sua análise, vislumbra-se que o endereço de instalação da linha telefônica não coincide com o endereço do domicílio da autora, informado na inicial.

Por outro lado, não se desconhece a prática das operadoras de telefonia, em admitir a contratação simplesmente pela via fonética, exigindo, basicamente, a indicação dos números do RG e do CPF, que, informados à atendente da operadora, consuma-se o contrato de prestação de serviços. Ao selecionar seus clientes com base em informações telefônicas a operadora assume o risco pela veracidade das informações passadas verbalmente, respondendo por eventual prejuízo que causar àquele que efetivamente não solicitou a assinatura, não podendo o consumidor, sob qualquer pretexto, ser lesado por práticas ilícitas.

Assim sendo, não reconhecido o débito pela consumidora, era ônus da recorrida comprovar a contratação, bem como a utilização dos serviços cobrados, isso em respeito ao disposto no art. 373, II, CPC, o que não ocorreu.

Nessa trilha, à consideração da ausência de prova da relação jurídica existente entre as partes, bem como da licitude da cobrança, inegável a ilegitimidade do débito gerador do apontamento e, consequentemente, irregular a inclusão do nome da autora no cadastro de inadimplentes.

A inscrição indevida nos órgãos de proteção ao crédito torna certa a indenização por danos morais, uma vez que o dano, nesses casos, decorre do só fato da coisa (“in re ipsa”).

A configuração do dano moral pressupõe a existência de ofensa a direito da personalidade do interessado, o que, no caso de negativação indevida, se consubstancia na ofensa à imagem, credibilidade e conceito junto a seus credores.

A jurisprudência tem se posicionado reiteradamente no sentido de que a preexistência de inscrição legítima nos cadastros de proteção ao crédito afasta o cabimento da indenização por danos morais, nos termos do que dispõe a Súmula nº 385, do Superior Tribunal de Justiça.

No caso em tela, nos moldes do documento trazido pela ré no corpo da defesa (fls.44/45), verifica-se a existência de apontamento anterior ao discutido nos autos em nome da requerente, o que não foi por ela negado, tampouco mencionado em suas manifestações.

Logo, a preexistência de apontamentos, nos moldes de entendimento

Acesso ao Sumário

sumulado pelo E. STJ, torna inviável se cogitar indenização por danos morais, porquanto o padecimento psicológico por eventual pecha de mau pagador não pode ser atribuído à inclusão procedida pela ré.

Nesse contexto, reforma-se a r. sentença e julgo parcialmente procedente a ação ordinária de inexigibilidade de débito cumulada com indenização por danos morais, para declarar inexigível o débito perante à ré referente ao contrato de número 334660813, e determinar a exclusão do nome da autora dos cadastros de proteção ao crédito no tocante a este débito. E, por conseguinte, afasto a condenação da autora- apelante por litigância de má-fé.

Diante do resultado do julgamento, tendo a autora decaído de parte mínima do seu pedido e, diante da necessidade de a consumidora se valer do Poder Judiciário para conseguir seu intento, imperiosa, pois a condenação da ré no pagamento das verbas decorrentes da sucumbência, já que, em conformidade com o princípio da causalidade.

Responderá a ré pelo pagamento das custas, despesas processuais e dos honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor dado à causa.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso, nos termos do acórdão.

DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE

(Voto nº 3.392)

Registro, desde logo, que me curvando ao Princípio do Colegiado, acompanho integralmente o voto da eminente relatora que deu parcial provimento ao recurso.

Assim, sirvo-me da presente declaração de voto convergente, apenas e tão somente, para deixar consignado meu entendimento pessoal no sentido de que, em que pesem os termos do verbete da Súmula 385 do STJ, há situações em que a negativação, ainda que realizada quando da pendência de negativações pretéritas, ensejará a condenação por danos morais. Duas são, basicamente, as razões que me levam a assim pensar:

1) A Súmula 385 do STJ não é vinculante, de forma que não gera observância obrigatória nos juízos inferiores e pode, a qualquer tempo, ser revisada pelo Colendo Tribunal Superior.

1) A condenação em danos morais visa atender duplo propósito, quais sejam, compensar a dor sofrida pela vítima e desestimular o ofensor a continuar agindo de forma ilegal, na esperança de que a condenação possa servir de estímulo para que não mais procede, no futuro, da mesma forma que gerou a condenação.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, ao menos em razão do segundo aspecto, não há motivos para que aquele que agiu de forma negligente e ilegal, negativando quem não era para ser negativado, possa escapar da condenação pelo simples fato de que já existia negativação pretérita.

Dito em outras palavras, o descaso daquele que procedeu a negativação de quem não merecia ser negativado não é apagado pelo fato de, em outra situação, a vítima já ter sido vítima de negativação devida.

Seria um prêmio ao negligente afastar a sua condenação, vez que com isso além de se deixar impune a prática de ato ilegal, não se estaria atendendo a uma das finalidades do Poder Judiciário ao impor a condenação em danos morais, qual seja, repita-se, buscar a conscientização do infrator a alterar a sua postura.

Nesse sentido, mais apropriado do que simplesmente não se aplicar a condenação em danos morais, melhor seria a imposição da pena que, em atenção aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, deveria ser fixada em valor reduzido, justamente em razão da existência de outras negativações pretéritas, fato a demonstrar que o dano ocorrera em menor extensão.

Pelas razões acima é que, ainda que me curvando ao posicionamento firmado por esta Colenda Câmara e, por conta disso, nesse caso em concreto, acompanhando a eminente relatora, deixo aqui registrado meu entendimento no sentido de que, sem prejuízo do respeito à Súmula 385 do STJ, as situações devem ser analisadas caso a caso, a fim de que se imponha condenação ao infrator negligente vez que indiscutível que este agiu mal ao proceder negativação indevida.

Isto posto, ressalvado meu entendimento quanto a possibilidade de condenação em danos morais em valor reduzido, acompanho o voto da eminente relatora para **dar parcial provimento ao recurso**, nos termos do acórdão.

L. G. COSTA WAGNER, 3º Desembargador

Acesso ao Sumário

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2038284-19.2018.8.26.0000/50000, da Comarca de Jaboticabal, em que é embargante AUTO POSTO BARBIERI LTDA., é embargado PETROBRAS

DISTRIBUIDORA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram parcialmente os embargos de declaração, a fim de corrigir o erro material no aresto, sem efeitos modificativos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22360)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE LAZZARINI (Presidente), AZUMA NISHI e FORTES BARBOSA.

São Paulo, 23 de outubro de 2018.

ALEXANDRE LAZZARINI, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACÓRDÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. ERRO MATERIAL. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS. SEM EFEITO MODIFICATIVO, APENAS PARA CORRIGIR ERRO MATERIAL.

VOTO

Embargos de declaração opostos em face do v. acórdão de fls. 367/373, que por votação unânime, negou provimento ao agravo de instrumento interposto pelo embargante, com a seguinte ementa:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. PRIMEIRA FASE. PROCEDÊNCIA. MANUTENÇÃO. INSURGÊNCIA DA RÉ. PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA OU DIFERIMENTO NO RECOLHIMENTO DAS CUSTAS. HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA NÃO DEMONSTRADA. CONTRATO DE CESSÃO DE USO DE MARCA. PAGAMENTO DE *ROYALTIES* A SEREM CALCULADOS COM BASE NO FATURAMENTO BRUTO MENSAL DA RÉ/AGRAVANTE. PARTE QUE ASSUMIU A OBRIGAÇÃO DE ENCAMINHAR, MENSALMENTE, A COMPROVAÇÃO DO FATURAMENTO, MANTENDO REGISTROS CONTÁBEIS E FISCAIS. INÉRCIA QUE JUSTIFICA O INTERESSE DE AGIR DA ORA AGRAVADA. CONTRATO QUE NÃO FOI RESCINDIDO JUDICIALMENTE. DEVER DE PRESTAR CONTAS, AINDA QUE ZERADAS OU NEGATIVAS, CASO VERDADEIRA A ALEGAÇÃO DE QUE NÃO OBTEVE FATURAMENTO COM A EXPLORAÇÃO DA MARCA DA AUTORA DESDE 2009. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. RECURSO NÃO PROVIDO."

Acesso ao Sumário

Sustenta o cabimento dos embargos declaratórios, alegando, em suma, que o v. aresto foi omisso a) ao pedido de justiça gratuita e, assim, pleiteia a análise dos documentos apresentados; b) à falta de interesse de agir da agravada, posto que a mesma escolheu a via processual incorreta. Afirma que não deveria ter ajuizado ação de prestação de contas quando já estava ciente do valor devido, "*sendo desnecessário, portanto, a agravante prestar qualquer tipo de contas acerca deste suposto débito.*"; e b) à alegação do v. aresto de que a embargante "*não recorreu contra a sentença que julgou improcedente o pedido de rescisão contratual*", uma vez que esta apresentou recurso de apelação.

É o relatório.

I) Com efeito, há que se acolher em parte os embargos de declaração opostos, uma vez que razão assiste os embargantes no tocante ao erro material.

Conforme verifica-se das fls. 371 e 373 dos autos originais, de fato, houve alegação equivocada.

Assim, para correção, reformo:

a) o conteúdo de fl. 371, e onde lia-se: "*Reitera-se, tal como já indicado no relatório, que o ora agravante* ***só se insurgiu*** *quanto ao deferimento da prestação de contas,* ***e não quanto*** *à improcedência da ação de rescisão contratual, motivo pelo qual não há dúvida quanto ao cabimento deste agravo.*", passe a constar: "*Reitera-se, tal como já indicado no relatório, que o ora agravante* ***se insurgiu*** *quanto ao deferimento da prestação de contas,* ***e também quanto*** *à procedência da ação de rescisão contratual, o que é objeto da apelação nº 0008742-29.2014.8.26.0291, que veio à conclusão após o julgamento do agravo de instrumento no qual foram opostos estes Embargos de Declaração*."

b) o conteúdo de fl. 373, e onde lia-se: "*Além disso, não recorreu contra a sentença que julgou improcedente o pedido de rescisão contratual, nem trouxe documentos hábeis a comprovar que, de fato, o contrato entre as partes estivesse rescindido desde 2009, de maneira que deve ser mantida a r. decisão agravada na parte em que julgou procedente a primeira fase da ação de prestação de contas.*" , passe a constar: "*Verifica-se que, contra sentença que julgou improcedente o pedido de rescisão contratual, houve a interposição de recurso de apelação pela parte agravante, porém, tal fato só foi constatado após o julgamento deste presente agravo de instrumento, uma vez que os autos são físicos e somente foram remetidos à esta. Colenda Câmara após proferido o voto. No entanto, não trouxe a agravante documentos hábeis a comprovar que, de fato, o contrato entre as partes estivesse rescindido desde 2009, de maneira que deve ser mantida a r. decisão agravada na parte em que julgou procedente a primeira fase da ação de prestação de contas.*"

II) Além disso, anoto que as demais matérias questionadas em embargos

de declaração já foram devidamente analisadas e debatidas, inclusive levando em conta que todas as normas aplicáveis ao caso foram consideradas, como se vê:

> "É certo que a possibilidade de concessão da justiça gratuita, inclusive às pessoas jurídicas, não encontra óbice no art. 98, do NCPC: '*A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei*'.
>
> Contudo, esse entendimento deve estar em consonância com Súmula 481, do Superior Tribunal de Justiça: '*Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais*'.
>
> **Ou seja, é necessária a comprovação da necessidade, a qual não pode ser presumida.**
>
> **(...) E, no caso concreto, observa-se que os documentos apresentados pelo agravante no presente recurso não são suficientes para corroborar a incapacidade financeira alegada, nem justificam o diferimento no pagamento das custas, já que o recorrente deduziu meras alegações genéricas a respeito.**
>
> **Inclusive, destaca-se que, durante o processamento do agravo, o pedido de gratuidade foi indeferido pelo MM. Juiz *a quo* (fls. 365/366).**'
>
> (...) Não se pode perder de vista que a ré/agravante assumiu contratualmente a obrigação de prestar contas de seu faturamento bruto mensal, para apuração dos *royalties* devidos à autora/agravada, conforme cláusulas 6ª e 7ª do contrato acima transcritas.
>
> **Anota-se, por conseguinte, que o contrato entabulado entre as partes não foi rescindido judicialmente, subsistindo, portanto, a obrigação da ré de prestar as contas, ainda que 'negativas' ou 'zeradas' caso verdadeira a alegação de que não teve faturamento bruto desde 2009 com a exploração da marca da autora/agravada, para que possam ser discutidas na fase seguinte do procedimento, à luz do devido contraditório (art. 551, NCPC)**.
>
> A recusa da agravante ao fornecimento das contas postuladas pela recorrida afronta ao princípio da boa-fé objetiva, e seus deveres laterais de cooperação e lealdade, que regem as relações contratuais."

III) É importante, ainda, lembrar que o acórdão, assim como a sentença de primeiro grau, não tem como requisito de validade a obrigatoriedade de conter todas as referências a textos e artigos mencionados pelas partes, porquanto a sua finalidade é compor a lide.

A pretendida revisão do v. aresto só pode ser feita nas instâncias superiores

Acesso ao Sumário

por via do recurso apropriado, se o caso.

IV) Diante do exposto, **acolhem-se parcialmente os embargos de declaração**, a fim de corrigir o erro material no aresto, sem efeitos modificativos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0016675-78.2013.8.26.0100/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante SATTIN ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA., é embargado FMCP IDIOMAS E TREINAMENTOS 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: "Rejeitaram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.202)**

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

São Paulo, 24 de outubro de 2018.

FABIO TABOSA, Relator

Ementa: Embargos de declaração. Alegadas obscuridade e omissões no v. acórdão. Vícios inocorrentes. Questionamentos da embargante relativos, em seu cerne, ao reconhecimento da ineficácia de ato de adjudicação promovido em seu favor no âmbito de execução singular e ao desacolhimento de pedido de compensação de valores por ela formulado. Matérias apreciadas de forma expressa, clara e coerente. Sugestão de lacuna, por outro lado, quanto a matéria desbordante do objeto do recurso originário. Descabimento. Julgamento, além disso, devidamente fundamentado e abrangente do universo da matéria impugnada, com apreciação das questões fáticas e jurídicas pertinentes. Ausência de vício a sanar. Prequestionamento. Inadmissibilidade. Escopo infringente em relação ao julgado. Embargos rejeitados.

Acesso ao Sumário

VOTO

VISTOS.

Trata-se de *embargos de declaração* (fls. 375/383) opostos pela ré em face do v. acórdão de fls. 363/371, pelo qual se negou provimento a recurso de apelação por ela interposto, confirmando-se com isso r. sentença de procedência de demanda declaratória de ineficácia de ato jurídico.

Aduz a embargante, em síntese, ter o v. acórdão deixado de se manifestar a respeito de irregularidade sobre a qual poderia ter se pronunciado de ofício, confirmando r. sentença na verdade *ultra petita*, na medida em que teria aquela determinado a aplicação, mesmo à míngua de pedido inicial em tal sentido, de juros de mora deste a citação no tocante à condenação pecuniária. Sustenta outrossim padecer de obscuridade o julgado embargado, por manter a decretação de ineficácia do ato de adjudicação questionado, praticado durante a vigência do *stay period*, sem contudo declinar o fundamento legal para tanto, dentre as hipótese de ineficácia previstas no art. 129 da Lei nº 11.101/2005, de rol alegadamente taxativo, e mesmo após ter apontado que o caso dos autos não se enquadraria na situação retratada no inciso II desse mesmo dispositivo legal. Assevera, além disso, haver omissão v. acórdão, na medida em que denegado o pedido de compensação entre a quantia a ser ressarcida em função da ineficácia do ato expropriatório e o crédito habilitado em favor da adjudicatária no processo falimentar, sem contudo explicitar o motivo pelo qual a regra do art. 122 da Lei nº 11.101/2005 não se aplicaria à espécie. Sustenta, ainda, que o v. acórdão, ao confirmar a ineficácia da adjudicação, teria deixado de observar fatos capazes de conduzir a conclusão diversa, tais como a ausência de comunicação ao juízo da execução singular, por parte da devedora, quanto ao deferimento do processamento de sua recuperação judicial, bem como a circunstância de que a expropriação de bens móveis não teria inviabilizado a recuperação, já que a expropriada, então recuperanda, teria continuado a desenvolver suas atividades econômicas, no imóvel da exequente, mesmo após a adjudicação. Pede, assim, o acolhimento dos embargos, para que sejam sanados os vícios apontados, bem como para fins de prequestionamento dos arts. 368 e 394 do Código Civil e do art. 492 do Código de Processo Civil, além dos arts. 52, III e §3º, 122 e 129, da Lei nº 11.101/2005.

É o relatório.

Não prosperam os embargos, dotados de caráter confessadamente infringente do julgado, limitando-se a externar discordância para com as razões de decidir e fugindo assim ao escopo integrativo da via recursal empregada.

Com efeito, no tocante à aventada nulidade relativa à determinação de aplicação de juros moratórios desde a citação, a verdade é que o v. acórdão não tinha que se manifestar a esse respeito, na medida em que a matéria, a

Acesso ao Sumário

despeito de abordada em termos expressos pela r. sentença, não foi suscitada nas razões da apelação interposta, de modo que se omissão houve foi da ora embargante, por seu patrono. É certo que, sendo a hipótese de violação da regra de congruência matéria de ordem pública, portanto passível de conhecimento de ofício, poderia levar à proclamação de suposto vício, se identificado; a falta de pronunciamento a respeito, no entanto, não implica por óbvio omissão, senão o puro e simples fato de não se ter vislumbrado nulidade alguma a ser declarada. E, como não se provocou manifestação sobre a matéria no recurso, inexistia necessidade tampouco de que se explicasse por que razão não compreendido o julgado como *ultra petita*.

Quando se não bastasse, ainda aí se omissão uma vez mais houve foi da parte do patrono da embargante, em ler o que dispunha o art. 293 do CPC/73.

Os demais questionamentos da embargante, por outro lado, em nada se relacionam com as hipóteses de obscuridade e omissão, tendo os pontos por ela abordados, relativos em seu cerne ao reconhecimento da ineficácia do ato de adjudicação questionado, sido expressa e suficientemente analisados por ocasião do deslinde do recurso, de modo que os declaratórios veiculam mero inconformismo com a solução adotada pelo julgado.

O v. acórdão embargado, a esse respeito, foi expresso ao apontar, de forma clara e coerente, as razões objetivas pelas quais reputou ineficaz a adjudicação de bens pertencentes à então recuperanda, quais sejam, o fato de a expropriação ter se concretizado durante o *stay period*, período em que suspenso de pleno direito - ou seja, independentemente da adoção de qualquer providência em tal sentido por parte do devedor - o andamento de execução singulares em face da recuperanda -, além do óbice relacionado à própria atribuição formal para a prática do ato expropriatório, já que, à luz da orientação prevalente no âmbito do C. Superior Tribunal de Justiça, caberia ao Juízo da recuperação a atribuição para a admissão e prática de atos expropriatórios que atinjam bens do ativo da empresa recuperanda.

Prosseguindo, quanto à omissão cogitada pela embargante relativamente à incidência da regra do art. 122 da Lei nº 11.101/2005 à hipótese dos autos, tem-se que o julgado, interpretando em seu efetivo espírito a norma legal invocada, assentou explicitamente o descabimento da compensação de valores na espécie - entre o crédito habilitado em favor da adjudicatária no processo falimentar e o numerário a ser por ela restituído à Massa Falida -, uma vez que o deferimento dessa forma de extinção obrigacional acabaria por esvaziar a determinação de recomposição do ativo da massa, objetivada pelo art. 129 da mesma Lei.

O que a embargante denomina de obscuridade e omissão, enfim, nada mais é do que pretexto para o questionamento dos fundamentos da decisão, que consideram equivocada do ponto de vista de sua substância, aspecto, como já

Acesso ao Sumário

dito, de todo estranho aos embargos de declaração.

Ressalte-se por fim, quanto ao prequestionamento, que a decisão judicial não é obrigada a vir delineada de modo a satisfazer as conveniências dos litigantes, pavimentando o caminho para futuros recursos contra si própria, nem tampouco precisa aludir expressamente a todos os possíveis artigos de lei incidentes por força da solução adotada. Cumpre enfim que enfrente os temas relevantes ao deslinde do litígio, declinando a motivação jurídica para tanto, o que sem dúvida foi feito.

Não há, nesses termos, qualquer vício a sanar.

Ante o exposto, **rejeitam-se** os embargos declaratórios.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0025581-27.2011.8.26.0068/50000, da Comarca de Barueri, em que é embargante/embargado DANIEL TERÇAROLLI, é embargado/embargante WAGNER JOSÉ DE MORAIS e Embargado ANDIARA DE ANDRADE LEAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos do autor e acolheram os embargos do réu. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.898 (EMP - DIG))**

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

São Paulo, 24 de outubro de 2018.

RICARDO NEGRÃO, Relator

Ementa: RECURSO - Embargos de declaração - Pretensão de atribuição de efeito infringente ao v. aresto embargado - Inaplicabilidade - Inexistente qualquer vício - Embargos do autor rejeitados.

RECURSO - Embargos de declaração - Omissão - Pedido de majoração dos honorários advocatícios em sede recursal - Omissão verificada (Incidência do art. 85, § 11º, CPC/15) - Honorários majorados de 10% para 15% sobre o valor da causa - Embargos do réu acolhidos.

Acesso ao Sumário

Dispositivo: Rejeitam os embargos do autor e acolhem os embargos do réu.

VOTO

Embargos de declaração opostos por **Daniel Terçarolli**, de um lado, e **Wagner José de Morais**, de outro, ao v. aresto de fl. 345-356 que, por votação unânime, negou provimento ao recurso de apelação interposto pelo autor.

Inconformado, o embargante requerente sustenta que o v. aresto é omisso por apresentar fundamentação que não observou a existência de precedentes que reconhecem como causa de resolução de contrato de trespasse a falta de regularidade administrativa do negócio (fl. 359-363).

Por sua vez, o embargante requerido alega que o v. acórdão é omisso quanto à majoração dos honorários advocatícios de sucumbência, nos termos do art. 85, §11 do Código de Processo Civil. (fl. 365-366).

É o relatório.

I. DO RECURSO DO REQUERENTE

Os embargos de declaração opostos não são acolhidos, pois, em termos efetivos, inexiste qualquer vício na decisão embargada.

Ressalta-se com a doutrina (J. C. Barbosa Moreira), que dúvida é um estado de espírito, que se traduz na hesitação entre afirmar e negar; obscuridade é a falta de pronúncia acerca de tópico submetido ao conhecimento da Corte; contradição somente haverá quando houver proposições irreconciliáveis no acórdão e não para com as partes e, omissão, somente existirá se o v. acórdão deixa de se manifestar sobre questão que deveria fazê-lo.

No caso concreto, a decisão embargada foi precisa ao apontar os fundamentos que levaram a Câmara Julgadora a concluir pelo resultado dado ao julgamento do agravo de instrumento, tendo sido apresentadas suas razões de decidir, adotadas de forma unânime pelo Órgão Julgador.

Observa-se que a pretensão recursal revela tão somente a intenção de nova análise das circunstâncias que envolvem a lide e alteração do posicionamento da Turma Julgadora, não incidindo na hipótese, portanto, nenhum dos vícios que fundamentam o acolhimento dos embargos declaratórios.

Não há sequer a necessidade de acréscimo de fundamentos ou explicações, devendo permanecer a conclusão pela ausência de culpa por parte dos vendedores que fundamente a rescisão do negócio jurídico.

Por oportuno, destaca-se que não é exigível dos Julgadores que se reportem expressamente em relação a cada um dos questionamentos formulados pelos litigantes, e nem se afigura vício embargável a mera adoção de tese contrária ao entendimento da parte interessada, sendo suficiente que o alcance da decisão

Acesso ao Sumário

esteja bem delimitado, com clareza suficiente acerca dos parâmetros utilizados e ordens concedidas.

Neste sentido vem se posicionando o Superior Tribunal de Justiça:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE E ERRO MATERIAL NÃO VERIFICADOS.

1. Ausentes quaisquer dos vícios ensejadores dos declaratórios, afigura-se patente o intuito infringente da irresignação, que objetiva não suprimir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou sanar erro material, mas, sim, reformar o julgado por via inadequada.

2. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgInt no AREsp 776.521/MT, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 28/10/2016)

AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE CONFERIR EFEITOS INFRINGENTES AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO QUANDO HOUVER MODIFICAÇÃO JURISPRUDENCIAL. ENTENDIMENTO DA CORTE ESPECIAL CONSAGRADO NO CPC/2015. RECURSO IMPROVIDO.

1. Segundo o artigo 535 do CPC/1973 e o artigo 1.022 do CPC/2015, os embargos de declaração somente são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade, contradição, omissão ou erro material.

2. Eventuais efeitos modificativos provenientes do julgamento dos aclaratórios apenas ocorrerão se a correção de omissão, obscuridade, contradição ou erro material acarretar transformação significativa no decisum embargado, ou, se houver manifesta decisão teratológica. Precedentes.

3. Conforme entendimento consolidado por esta Corte Especial, não é possível atribuir efeitos infringentes aos embargos declaratórios em virtude de mudança jurisprudencial, exceto quando houver omissão proveniente de julgamento anterior de recurso especial repetitivo sobre o tema decidido. Precedentes.

4. O novel Código de Processo Civil de 2015 chancela a posição jurisprudencial acima transcrita no inciso I do parágrafo único do artigo 1.022, considerando omissão a inexistência de manifestação no acórdão embargado sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos.

5. Agravo interno improvido.

(AgInt nos EAg 1014027/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, CORTE

Acesso ao Sumário

ESPECIAL, julgado em 19/10/2016, DJe 26/10/2016)

Deste modo, bem fundamentados os argumentos no v. aresto embargado, não há acréscimo a ser feito no já decidido nesta instância, subsistindo as conclusões tiradas e consignadas na decisão proferida tal qual lançada.

II. DO RECURSO DO REQUERIDO

Sob o fundamento de que existe omissão quando o v. acórdão deixa de se manifestar sobre questão que deveria fazê-lo, os embargos de declaração são recebidos para dar razão aos embargantes, devendo o v. aresto ser integrado no ponto ora reconhecido como omisso, com vistas ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

A decisão colegiada embargada de fato deixou de considerar o imperativo previsto na recente legislação processual, olvidando-se de majorar a verba honorária tendente a remunerar os patronos vencedores na fase recursal, conforme disposto no art. 85, § 11º, da Lei nº. 13.105/2016, ***in verbis***:

> Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.
>
> [..]
>
> § 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 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.

Deste modo, considerando-se que o embargante saiu vencedores nas duas fases e a r. sentença já fixou a verba honorária em primeiro grau em 10% sobre o valor da causa (R$ 60.000,00, fl. 18), a Turma Julgadora entende necessário o acréscimo de mais 5% no percentual já aplicado, resultando condenação final a título de honorários advocatícios em 15% sobre o valor da causa atualizado.

Destarte, na intenção de eliminar qualquer dúvida, ficam prestados os esclarecimentos nesta decisão, dando-se nova redação ao dispositivo do v. acórdão, que passará a constar da seguinte forma:

> Em razão do exposto, conhecem dos recursos e no mérito negam provimento. Com fulcro no art. 85 §11, do CPC, majora-se a verba honorária a 15% sobre o valor atualizado da condenação, devendo a execução observar o disposto no art. 98, § 3º do CPC, em razão da concessão dos benefícios da gratuidade judiciária ao apelante.

III. DISPOSITIVO

Pelas razões expostas, rejeitam-se os embargos declaratórios opostos pelo autor e acolhem-se os embargos declaratórios opostos pelo réu, sanando

Acesso ao Sumário

omissão para fixar honorários advocatícios em segunda instância.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1002467-32.2017.8.26.0068/50000, da Comarca de Barueri, em que é embargante MAPFRE VERA CRUZ SEGURADORA S/A, é embargado ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da(o) 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, após a ampliação do julgamento na forma prevista no artigo 942, § 1º do CPC/2015, acolheram os embargos de declaração com efeito modificativo nos termos constantes do V. Acórdão. Vencido o 3º Desembargador que expõe os limites de sua divergência através da declaração que compõe o presente julgado.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.744)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente), CASTRO FIGLIOLIA, CERQUEIRA LEITE e TASSO DUARTE DE MELO.

São Paulo, 12 de novembro de 2018.

SANDRA GALHARDO ESTEVES, Relatora

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO. HIPÓTESE DE ACOLHIMENTO. AFASTAMENTO DA PRONÚNCIA DA PRESCRIÇÃO QUE EXIGIA O JULGAMENTO DA CAUSA MADURA DESDE LOGO PELO TRIBUNAL. DESNECESSIDADE DE RETORNO NOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM, PARA ABERTURA DA FASE INSTRUTÓRIA.

O v. acórdão padece de contradição, uma vez que determinou o retorno dos autos para regular instrução no Juízo de origem, quando a causa já se encontrava madura para julgamento. E, com efeito, é mesmo desnecessária a abertura da fase instrutória, uma vez que os documentos carreados aos autos já são suficientes à formação do livre convencimento

Acesso ao Sumário

motivado. Afastada a pronúncia da prescrição, deveria o Colegiado desde logo apreciar o mérito propriamente dito.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS (fornecimento de energia elétrica). AÇÃO REGRESSIVA DE INDENIZAÇÃO. NEXO CAUSAL ENTRE OS DANOS SUPORTADOS PELOS SEGURADOS DA AUTORA, E O SERVIÇO PRESTADO PELA RÉ. DESCARGAS ELÉTRICAS, QUE CULMINARAM EM PICOS DE TENSÃO E QUEIMA DE EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS. FORTUITO INTERNO. RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADA.

A ocorrência de descargas atmosféricas (raios) é comum e recorrente na atividade desenvolvida pela ré, incumbindo a ela realizar a manutenção da rede elétrica e se valer de equipamentos que reduzam os efeitos desses fenômenos naturais que são intrínsecos à sua atividade. Na hipótese, o raio configura fortuito interno, que é aquele que está intimamente relacionado à atividade desenvolvida pela ré, pelo qual não rompe o nexo de causalidade, já que se insere no risco da atividade da concessionária, e que não pode ter suas consequências repassadas ao tomador do serviço. Não tendo sido demonstrado que a sobrecarga ocorreu por culpa dos segurados da autora, nem por fortuito externo, impõe-se o dever da ré de indenizar os danos decorrentes do risco de sua atividade.

Embargos de declaração acolhidos. Procedência do pedido formulado na inicial.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos,

1. Trata-se de embargos de declaração opostos ao v. acórdão de pp. 598/601, que deu provimento ao recurso de apelação interposto pela embargante, para afastar a pronúncia da prescrição da pretensão formulada na inicial.

A embargante aduz, em suma, que o v. acórdão é omisso, pois (a) não fixou os ônus da sucumbência; e (b) a causa já estava madura para julgamento. Pugna pelo provimento do recurso para sanar a propalada omissão.

Intimada a se manifestar, nos termos do art. 1.023, §2º, do Código de

Processo Civil, a embargada sustentou que o v. acórdão não padece da propalada omissão.

É o relatório do essencial.

2. Os embargos merecem acolhida.

O v. acórdão não padece de omissão, mas de contradição, uma vez que determinou o retorno dos autos para regular instrução no Juízo de origem, quando a causa já se encontrava madura para julgamento.

E, com efeito, é mesmo desnecessária a abertura da fase instrutória, uma vez que os documentos carreados aos autos já são suficientes à formação do livre convencimento motivado.

Afastada a pronúncia da prescrição, deveria o Colegiado desde logo apreciar o mérito propriamente dito.

É o que ora se faz.

Trata-se de ação regressiva de indenização de danos materiais decorrentes de queima de aparelhos eletroeletrônicos dos segurados da autora, provocada por oscilações e sobretensão na rede elétrica da ré.

O interesse processual está presente. Não há falar em necessidade de prévio esgotamento das vias administrativas como condição para a propositura de ação judicial, sob pena de ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Ademais, ainda que se pudesse falar em falta de interesse processual por ausência de prévio esgotamento das vias administrativas, esse interesse surgiu com o oferecimento da contestação, momento em que a ré opôs resistência à pretensão da autora.

Apesar de a Resolução nº 414/2010 da ANEEL prever procedimento administrativo de ressarcimento, este não exclui a possibilidade de ajuizamento de ação indenizatória sem prévio pedido administrativo.

A discussão a respeito da aplicabilidade da legislação consumerista ao caso concreto é despicienda. A ré responde objetivamente pelos danos causados aos tomadores de seu serviço, por força da atividade de fornecimento de energia elétrica por ela explorada, nos termos do disposto no art. 927, parágrafo único do Código Civil, e da aplicação da teoria do risco administrativo, prevista no art. 37, §6º, da Constituição Federal, por se tratar de concessionária de serviço público.

Portanto, era ressalvado à ré comprovar que não houve falha na prestação do serviço, ou que esta não foi a causadora dos danos, que teriam ocorrido por culpa dos segurados ou de terceiros, ou ainda em razão de caso fortuito ou de força maior.

Embora alegue que nos sistemas de distribuição de energia para o imóvel assegurado não houve qualquer falha de fornecimento que pudesse acarretar a

Acesso ao Sumário

queima nos aparelhos reclamados pelos segurados da autora, não fez nem um mínimo de prova nesse sentido.

Tampouco demonstrou a ré eventual inadequação técnica ou insegurança nas instalações internas da unidade consumidora da segurada da autora.

Os danos, por sua vez, restaram bem demonstrados com a documentação que acompanha a petição inicial, e os valores não foram impugnados de maneira eficiente e específica pela ré.

Os equipamentos foram avaliados por profissionais habilitados, que concluíram que a causa dos danos foi oscilação elétrica, com sobretensão da rede.

Ora, a ré se limitou a alegar de maneira genérica que a descarga elétrica não teria sido causada por falha na distribuição elétrica de sua rede. No entanto, não traz qualquer prova aos autos nesse sentido.

De outra banda, a autora traz os relatórios de regulação dos sinistros e pareceres técnicos que relacionam os danos causados com descargas elétricas não suportadas, levando a crer que as referida descargas tenham vindo da rede elétrica fornecida.

Nessa toada, não tendo sido demonstrado que a sobrecarga ocorreu por culpa dos segurados da autora, nem por fortuito externo, impõe-se o dever da ré de indenizar os danos decorrentes do risco de sua atividade.

Ora, os picos de tensão na rede elétrica resultantes de raios nas proximidades dos imóveis não configuram caso fortuito capaz de elidir a responsabilidade da concessionária de serviço público.

A ocorrência de descargas atmosféricas (raios) é comum e recorrente na atividade desenvolvida pela ré, incumbindo a ela realizar a manutenção da rede elétrica e se valer de equipamentos que reduzam os efeitos desses fenômenos naturais que são intrínsecos à sua atividade.

O raio configura fortuito interno, que é aquele que está intimamente relacionado à atividade desenvolvida pela ré, pelo qual não rompe o nexo de causalidade, já que se insere no risco da atividade da concessionária, e que não pode ter suas consequências repassadas ao tomador do serviço.

A atualização monetária incide desde as datas dos desembolsos das indenizações securitárias pagas aos segurados.

Os juros moratórios fluem desde a data da citação, por se tratar de responsabilidade civil contratual.

3. Em face do exposto, acolhem-se os embargos, para sanar contradição e, por se encontrar madura a causa, julgar procedente o pedido formulado na inicial dessa ação de indenização que MAPFRE VERA CRUZ SEGURADORA S/A move em face de ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE

Acesso ao Sumário

DE SÃO PAULO S/A, e, assim, condenar a ré a pagar à autora as quantias de R$6.101,64, R$5.753,90, R$5.300,00, R$28.704,19 e R$5.175,00. Esses valores deverão ser atualizados segundo a tabela prática de atualização dos débitos judiciais elaborada por esta Egrégia Corte, desde as datas dos respectivos desembolsos, e acrescidos de juros moratórios de um por cento ao mês, desde a data da citação. Sucumbente, carreia-se à ré o pagamento das custas e das despesas do processo, bem como de honorários advocatícios a favor do patrono da autora, ora arbitrados em 10% do valor atualizado da condenação.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 33.330)

O meu voto acompanhou o voto da relatora sorteada, Desa. Sandra Galhardo Esteves, ao devolver o julgamento ao juízo de primeiro grau, mas, ao serem acolhidos embargos de declaração e, desde logo, julgar o mérito da controvérsia, o meu voto diverge e vota pelo desprovimento ao recurso.

Dúvida não há de que a responsabilidade da ré é objetiva e emana do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, na medida em que, na forma do art. 175 da mesma Carta e da Lei n. 8.987/95, é concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica.

José Afonso da Silva, ao traçar a evolução histórica da responsabilidade civil da Administração, ensina que: "*Agora a Constituição vai além, porque equipara, para tal fim, à pessoa jurídica de direito público aquelas de direito privado que prestem serviços públicos (como são as concessionárias, as permissionárias e as autorizatárias de serviços públicos), de tal sorte que os agentes (presidentes, superintendentes, diretores, empregados em geral) dessas empresas ficam na mesma posição dos agentes públicos no que tange à responsabilidade de danos causados a terceiros. Não se cogitará da existência ou não de culpa ou dolo do agente para caracterizar o direito do prejudicado à composição do prejuízo, pois a obrigação de ressarci-lo por parte da Administração ou entidade equiparada fundamenta-se na doutrina do risco administrativo. (...) O terceiro prejudicado não tem que provar que o agente procedeu com culpa ou dolo, para lhe correr o direito ao ressarcimento dos danos sofridos. A doutrina do risco administrativo isenta-o do ônus de tal prova, basta comprove o dano e que este tenha sido causado por agente da entidade imputada. A culpa ou dolo do agente, caso haja, é problema das relações funcionais que escapa à indagação do prejudicado. Cabe a pessoa jurídica acionada verificar se seu agente operou culposa ou dolosamente para o fim de mover-lhe ação regressiva assegurada no dispositivo constitucional, visando a cobrar as importâncias despendidas com o pagamento da indenização*" ("*Curso de Direito Constitucional Positivo*", Ed.

Acesso ao Sumário

Malheiros Editores, 2011, 34ª ed., págs. 675-676).

Silvio Rodrigues não discrepa e acrescenta que: "*A idéia é de uma responsabilidade sem culpa, e a clareza do texto afasta, na verdade, qualquer dúvida ou o mister de maiores desenvolvimentos. O legislador constituinte quis assegurar à vítima de atos danosos de funcionários do Estado o devido ressarcimento. Essa responsabilidade abrange as pessoas jurídicas de direito privado que exerçam funções delegadas do poder*" ("*Direito Civil - Responsabilidade Civil*" Ed. Saraiva, 1983, 7ª ed., volume IV, pág. 93).

Entretanto, a responsabilidade é elidida em casos de força maior e fortuito, incluindo-se entre esses eventos as descargas atmosféricas (raios) que, segundo as peças acostadas, deram causa aos danos nos aparelhos indenizados pela autora.

As descargas elétricas, ainda que frequentes, não são intrínsecas ao risco da atividade de distribuição de energia elétrica. São acontecimentos da natureza, de força maior, hoje previstos no art.393 do Código Civil de 2002 e previstos no art. 1.058, parágrafo único, do Código de 1916, extrínsecos.

Antigas lições de Arnoldo Medeiros da Fonseca, na monografia "Caso fortuito e teoria da imprevisão", Imprensa Nacional, 1943, 2ª ed., eram no sentido de que é sem utilidade a distinção entre força maior e caso fortuito e têm dois elementos: um interno, de caráter objetivo, que vem a ser a inevitabilidade do evento; outro externo, ou subjetivo, que vem a ser a ausência de culpa. Dizia ele que "*... não há acontecimentos que possam, **'a priori'**, ser sempre considerados casos fortuitos; tudo depende das condições de fato em que se verifique o evento. O que é hoje caso fortuito, amanhã deixará de sê-lo, em virtude do progresso da ciência ou da maior previdência humana*" (pág. 147).

Tem-se hoje meios de se medir descargas elétricas (raios), mas ainda não há meios de se prever a intensidade e os lugares de maior ou menor incidência, como outros fenômenos derivados de acontecimentos naturais como a inundação e o terremoto, mais forte do que a vontade ou a ação do homem.

Os raios, portanto, continuam sendo acontecimentos de força maior e têm o poder de romper o nexo de causalidade, exceto quando distribuidora de energia elétrica é avisada e não acautela providências.

Carlos Roberto Gonçalves aborda o tema e conclui que: "*Assim, por exemplo, se uma faísca elétrica, um raio, descobrir ou romper os fios de alta-tensão e inutilizar os isolantes, não será a empresa fornecedora da energia elétrica responsabilizada se alguém neles esbarrar e perecer eletrocutado. A menos que, informada do evento, não tome urgentes providências para sanar o problema*" ("Responsabilidade Civil", Ed. Saraiva, 1995, 6ª ed., pág. 523, n. 107).

A seguir, reportando-se à doutrina de Agostinho Alvim ("Da inexecução

Acesso ao Sumário

das obrigações e suas consequências", Ed. Jurídica Universitária, 3ª ed.), Carlos Roberto Gonçalves pondera que tem-se feito a distinção entre fortuito interno (ligado à pessoa, ou à coisa, ou à empresa do agente) e fortuito externo (força maior, ou "**Act of God**" dos ingleses). Somente o fortuito externo, isto é, a causa ligada à natureza, estranha à pessoa do agente e à máquina, excluiria a responsabilidade, principalmente se esta se fundar no risco (ob. cit., pág. 524).

O meu voto reconhece o evento de força maior, excludente da responsabilidade objetiva da ré, em sendo fortuito externo, a não ser que tivesse sido ministrada pela autora a prova de que as descargas elétricas foram previstas e a ré avisada de molde a providenciar algo em condições de minorar as consequências.

O meu voto nega provimento ao recurso.

CERQUEIRA LEITE, Desembargador, 3º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2155389-17.2018.8.26.0000/50000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é embargante BANCO BRADESCO S/A, são embargados LOTT & OLIVEIRA LTDA. ME, MAURÍCIO LOTT DE OLIVEIRA e SILVIA PAVÃO DE ALMEIDA LOTT DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18508)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA (Presidente) e SALLES VIEIRA.

São Paulo, 13 de novembro de 2018.

WALTER BARONE, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. V. Acórdão que, por votação unânime, deu provimento ao recurso de agravo de instrumento. Irresignação da parte agravada. Descabimento. Omissão não verificada. Fins de prequestionamento. Embargos rejeitados.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos contra o V. Acórdão de fls. 238/241 que, por votação unânime, deu provimento ao recurso de Agravo de Instrumento.

A parte agravada, ora embargante, sustenta que o 'decisum' restou omisso, pois, ao determinar a livre distribuição do feito, deixou de indicar expressamente os dispositivos legais aplicáveis ou entendimentos jurisprudenciais que teriam norteado tal entendimento. Alega que necessário o pronunciamento expresso dos artigos 64 e 65 do CPC suscitados em sua contraminuta.

É o relatório.

Os embargos de declaração destinam-se a desfazer obscuridade, a afastar contradições, a suprimir omissões e a sanar erro material, que eventualmente o 'decisum' proferido possa registrar, e nenhuma destas hipóteses se verifica nos autos, na medida em que o julgado apreciou todos os pontos deduzidos no recurso.

Sobre o tema, cumpre colacionar os ensinamentos da doutrina:

> "Os casos previstos para manifestação dos embargos declaratórios são *específicos*, de modo que somente são admissíveis quando se apontar a existência de erro material, obscuridade, contradição ou omissão em questão (ponto controvertido) sobre a qual deveria o juiz ou o tribunal pronunciar-se necessariamente. Os embargos de declaração são, por isso, espécie de recurso de *fundamentação vinculada*." (**DIDIER JR., Fredie - Curso de Direito Processual Civil: O processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal - 13ª ed. reform. - Salvador: Ed. JusPodivm - 2016 - pág.248)**

Não se vislumbra no V. Acórdão embargado qualquer omissão a ser declarada, diversamente do alegado neste recurso.

Isso porque a omissão consiste na ausência de análise de questões de fato ou de direito relevantes para o julgamento da demanda. Sobre o tema, cumpre colacionar os ensinamentos da doutrina:

> A omissão, explica Barbosa Moreira, passível de embargos de declaração, refere-se às **questões de fato e de direito relevantes para o julgamento que não tenham sido apreciadas pelo magistrado, sejam aquelas suscitadas pelas partes ou examináveis de ofício. (EDUARDO ARRUDA ALVIM - Direito Processual Civil - 2ªed. reform., atual. e ampl. - São Paulo: Editora RT, 2008 - p.831 - realces não originais)**.

Verifica-se, *in casu*, a perfeita consonância entre o *decisum* e as informações contidas nos autos.

O julgado expôs devidamente os motivos pelos quais determinou a livre

Acesso ao Sumário

distribuição do feito em tela, merecendo destaque a seguinte passagem:

> "(...) Note-se que a própria decisão agravada reconheceu que não havia motivo para a distribuição direcionada do feito, tendo entendido, porém, a ausência de prejuízo à parte devedora, o que não se admite, pois a distribuição direcionada sem motivação fere o princípio do Juiz natural. (...)".

Ressalte-se que eventual discordância da parte com o veredito proclamado não tem, por óbvio, o condão de modificar o julgamento.

O prequestionamento deve estar vinculado às hipóteses do art. 1.022 do CPC, pois os fundamentos do *decisum* estão no próprio corpo do V. Acórdão, o que dispensa maiores considerações.

Ressalte-se, ainda, que não se verifica, *in casu*, nenhuma negativa de vigência de lei federal ou decisão contrária à Constituição.

Ante o exposto, pelo meu voto, **REJEITAM-SE** os embargos de declaração.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2118558-67.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor EMMANUEL DA FONSECA BAPTISTA BARRETO, é réu CHEFE DA COMISSÃO DE CONCURSO PÚBLICO DO DEPTO. DE R.H. DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5º Grupo de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Julgaram improcedente a ação rescisória. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.999)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO GALIZIA (Presidente), ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, TORRES DE CARVALHO, TERESA RAMOS MARQUES, AROLDO VIOTTI e MARCELO L THEODÓSIO.

São Paulo, 3 de outubro de 2018.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR, Relator

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA – Mandado de Segurança – Acórdão rescindendo que manteve a r. sentença que denegou segurança, posto que a exclusão do interessado em concurso público de ingresso, motivada por sua reprovação em exame de aptidão psicológica, ateve-se à legislação de regência e ao edital – Inocorrência de qualquer das hipóteses do art. 966 do CPC – A ação rescisória não se justifica para reexame da causa – Acórdão rescindendo, bem fundamentado, que não padece de vícios ou irregularidades – Precedentes deste Egrégio Tribunal – Ação improcedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Ação Rescisória, com pedido de tutela de urgência, ajuizada por Emmanuel da Fonseca Baptista Barreto pretendendo a rescisão do v. acórdão

de relatoria do Des. Antonio Celso Aguilar Cortez (fls. 49/54) que, nos autos do Mandado de Segurança, negou provimento ao recurso de apelação por ele interposto, mantendo-se a r. sentença denegatória da segurança, a qual revogou a liminar concedida inicialmente, sob o fundamento de que *"(...) O ato que ensejou a exclusão do impetrante do certame norteou-se pelo parecer da equipe técnica, constatou que "o candidato é considerado não indicado para a função, tendo em vista a pontuação resultante do processo de avaliação psicológica de 50 pontos". Daí, concluiu-se que o candidato, por não alcançar a pontuação mínima exigida com essas características de personalidade, não possuía perfil psicológico compatível com a função de Agente de escolta e vigilância Penitenciária". (...) "Quanto ao laudo de fls. 11/15, firmado por profissional contratado pelo impetrante, o edital do certame estabeleceu que a avaliação psicológica fosse realizada por profissionais da área de psicologia a rogo da Administração, não do candidato. Além disso, o deslinde dessa questão requer dilação probatória, inconcebível nesta via processual"*.

O autor esclarece que o presente pedido de tutela de urgência, tem por escopo a suspensão dos efeitos da decisão transitada em julgado, conforme acima mencionado, e posterior despacho proferido pelo eminente juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, nos autos do processo nº 0009405-86.2009.8.26.0053, que determinou ao procurador da Fazenda Pública oficiante neste processo, que cientificasse o CHEFE DA SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIARIA, para o cumprimento de obrigação de fazer no prazo o prazo de 90 dias, relativamente a afastamento e exoneração do autor do serviço público que presta ao Estado, desde o dia 14/10/2009, exercendo a função de agente de escolta penitenciário.

Alega, em síntese, cabimento da rescisória, diante do art. 966, incisos V, VII e VIII, e parágrafo quinto do CPC.

Sustenta que "a própria ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, após o cumprimento do estágio probatório e curso de formação pelo autor, o considerou APTO PARA O EXERCÍCIO DE SUA FUNÇÃO, sendo certo que foi também promovido. Por derradeiro, o perigo da demora é evidente, na medida em que o autor poderá ser exonerado indevidamente, ficando sem meios para prover seu próprio sustendo e de sua família".

Requer a concessão da tutela provisória de urgência, para suspensão da execução até decisão final da presente ação, posto que presentes os requisitos legais autorizadores da medida (art. 300, do CPC), ou seja, presença de elementos que evidenciam a probabilidade do direito em debate e o perigo de dano irreparável, e, ao final, o provimento do recurso. Requer, ainda, seja concedido os benefícios da gratuidade da justiça.

Recebida a ação, a tutela de urgência pleiteada foi indeferida (fls. 138/141).

Acesso ao Sumário

A Fazenda do Estado foi citada (fls. 149) e apresentou contestação às fls. 150/166.

Réplica às fls. 170/172, informando que "fora exonerado do cargo que ocupava junto à Secretaria de Administração Penitenciária Feminina de Ribeirão Preto em 03/08/2018, conforme se pode aferir pelos documentos anexos. Além disso, lhe foi determinado pela Secretaria, a devolução de todos os valores que recebeu a título de salário, relativamente ao período que laborou de 14/10/2009 a 02/08/2018, com a ressalva de que a contagem do referido período não se computará para nenhum fim. Nesse sentido, por se tratar de fato novo, correlato a questão trazida à apreciação judicial neste processo, requer, com fundamento no artigo 341, I do CPC, seja levada em consideração o presente fato, para ao final determinar o reconhecimento do tempo de serviço prestado pelo requerente à Fazenda Pública do Estado, para efeitos de averbação de tempo de serviço junto à Previdência Social, bem como, reconhecendo o direito do requerente de não ter que devolver qualquer verba que tenha recebido da Administração Penitenciária, pelo trabalho que efetivamente prestou por todos esses anos".

É o relatório.

Conheço diretamente do pedido, pois se trata de questão unicamente de direito, não havendo necessidade de produzir prova em audiência, com fundamento no art. 330, I, do CPC.

Ab initio, quanto à informação trazida na réplica às fls. 170/172, verifica-se no documento anexado a fls. 173/175 que foi instaurado procedimento para "eventual dever de reposição dos valores recebidos indevidamente ao erário público, no período de 14/10/2009 a 02/08/2018, salientando que a contagem do referido período não computará para nenhum fim". Ademais, foi concedido prazo de 15 dias para oferecer defesa. E, findo o procedimento de invalidade de ato, e apurada a boa-fé, poderá formular pedido de dispensa de reposição dos valores inevidente recebidos, mediante requerimento próprio.

Assim, não é o caso, nesta oportunidade, de apreciar o pedido de reconhecimento do tempo de serviço prestado pelo requerente à Fazenda Pública do Estado, para efeitos de averbação de tempo de serviço junto à Previdência Social, bem como, reconhecer o direito do requerente de não ter que devolver qualquer verba que tenha recebido da Administração Penitenciária, pelo trabalho que efetivamente prestou por todos esses anos, posto que, tal matéria não foi objeto da decisão que se pretende rescindir.

Acesso ao Sumário

O autor ajuizou a presente ação aduzindo violação ao artigo 966, incisos V, VII e VIII, e seu parágrafo quinto, do CPC.

De fato, a ação rescisória só se justifica nas hipóteses do art. 966 do CPC.

No entanto, limita-se a insistir no acolhimento da sua pretensão, sob as mesmas razões já anteriormente defendidas, ou seja, que em regular processo

de seleção de pessoal, via concurso público para seleção e admissão de agente de escolta penitenciário, após ser aprovado em todas as fases do certame do referido concurso, foi injustamente reprovado em exame psicotécnico de caráter subjetivo, bem como, lhe retirando a possibilidade no certame para apresentação de documentação para comprovação de conduta ilibada.

A ação rescisória não pode ter por escopo corrigir eventual injustiça da decisão rescindenda. Ademais, em sede de ação rescisória não é cabível o reexame do julgado com objetivo de verificar se a tese defendida pelo autor é ou não a mais adequada à legislação em vigor.

Como se sabe, a via da ação rescisória não comporta reexame do julgado para verificar se ele é ou não mais benéfico que outra decisão. A ação rescisória é uma revisão da justiça da decisão.

Assim, não é viável a pretensão deduzida, até porque, o autor pretende novo julgamento da causa, sem que esteja configurada quaisquer das hipóteses do art. 966 do CPC.

Senão, vejamos.

Restou cristalino tanto no v. acórdão quanto na r. sentença que o ato que ensejou a exclusão do impetrante do certame norteou- se pelo parecer da equipe técnica, constatou que "o candidato é considerado não indicado para a função, tendo em vista a pontuação resultante do processo de avaliação psicológica de 50 pontos". Daí, concluiu-se que o candidato, por não alcançar a pontuação mínima exigida com essas características de personalidade, não possuía perfil psicológico compatível com a função de Agente de escolta e vigilância Penitenciária.

Friso que as exigências a serem atendidas constavam do edital e autor não as impugnou antes da inscrição. Não pode ser surpreendido com o resultado.

O acórdão rescindendo está bem fundamentado, a decisão ali estampada é consentânea com o ordenamento jurídico. Não há violação legal ou teratologia, nem foi fundado em erro de fato verificável do exame dos autos:

> ***Consoante as regras estabelecidas no Edital de Abertura de Inscrições e Instruções Especiais n. 021/2008, para o provimento do cargo de Agente de escolta e vigilância Penitenciária (fls. 29/64), o certame foi constituído de quatro fases de caráter eliminatório (fl. 41), quais sejam: prova objetiva (item 6.1); prova de condicionamento físico (item 8.1); prova de aptidão psicológica (item 9.1) e comprovação de idoneidade e conduta ilibada na vida pública e na vida privada (item 10.1).***
>
> ***De acordo com o edital, em seu item 9.9, o "... perfil psicológico é constituído por um rol de características de personalidade e inteligência que permitam ao indivíduo adaptar-se e apresentar desempenho***

positivo, enquanto ocupante do cargo a que se destina o concurso" (fl. 52). E da "prova de Aptidão Psicológica resultará conceito Apto ou Inapto" (item 9.11). Sendo que "o candidato considerado inapto, será excluído do Concurso" (item 9.13) e "não será submetido a novo exame ou prova dentro do presente Concurso" (item 9.13.1).

Segundo o disposto no item "b", do anexo XI, do edital de convocação para a prova de aptidão psicológica (fls. 65/67), serão verificadas as características de personalidade exigidas para o exercício da função pretendida, que são:

- bom relacionamento interpessoal e controle emocional;

- boa resistência à fadiga psicofísica;

- controlado nível de ansiedade;

- bom domínio psicomotor;

- adequada capacidade de improvisação;

- controlada agressividade e adequadamente canalizada;

- bom nível de atenção e concentração;

- adequada impulsividade;

- ausência de sinais fóbicos e disrítmicos;

- elevada flexibilidade de conduta;

- boa criatividade e elevada disposição para o trabalho;

- elevado grau de iniciativa e decisão (autonomia);

- excelente receptividade e capacidade de assimilação.

Não se pode ignorar que as regras do concurso são suficientemente claras e a metodologia empregada para a avaliação psicológica foi definida com base no edital, em seu Anexo XI Perfil Psicológico do Agente de Escolta e Vigilância Penitenciária e Capítulo 2 Atribuições Básicas do Cargo (cf. ofício n. 170/09 fls. 143/146).

A equipe de profissionais encarregada da aplicação do Exame Psicológico avaliou o perfil psicológico dos candidatos, nos termos estabelecidos pelo edital, utilizando- se de procedimentos e instrumentos técnicos, a saber: Técnicas Grupais, de Limonge França e Avellano (2002); Entrevista Coletiva e Teste Palográfico (fl. 144).

O ato que ensejou a exclusão do impetrante do certame norteou-se pelo parecer da equipe técnica, constatou que "o candidato é considerado não indicado para a função, tendo em vista a pontuação resultante do processo de avaliação psicológica de 50 pontos". Daí, concluiu-se que o candidato, por não alcançar a pontuação mínima exigida com essas características de personalidade, não possuía perfil psicológico compatível com a função de Agente de escolta e vigilância

Acesso ao Sumário

Penitenciária.

Os atos administrativos gozam de presunção de legalidade e veracidade e no presente caso observou-se o cumprimento dos princípios da legalidade, da eficiência, da impessoalidade e da moralidade. Ademais, não é dado ao Poder Judiciário interferir no mérito do ato administrativo; cabe-lhe apenas o controle de legalidade e não há evidência de ilegalidade; a decisão tomada baseou-se em parecer da equipe técnica responsável pela avaliação.

Quanto ao laudo de fls. 11/15, firmado por profissional contratado pelo impetrante, o edital do certame estabeleceu que a avaliação psicológica fosse realizada por profissionais da área de psicologia a rogo da Administração, não do candidato. Além disso, o deslinde dessa questão requer dilação probatória, inconcebível nesta via processual.

Cabe salientar, ainda, que o edital previa no ato da inscrição a presunção do conhecimento e aceitação, por parte do candidato, das condições estabelecidas para o concurso. Logo, as alegações do impetrante de que o exame psicológico foi pautado pelo subjetivismo dos avaliadores não tem respaldo, uma vez que está prevista no item 9.8 do edital: "A Prova de Aptidão Psicológica, de caráter eliminatório, levará em conta as características especiais que o cargo exige e destinar-se-á a verificar a capacidade do candidato para utilizar as funções psicológicas necessárias ao desempenho do cargo, nas condições atuais oferecidas pela Secretaria de Administração Penitenciária. Essa verificação dar-se-á por meio de instrumental competente, consoante a legislação em vigor, a fim de constatar a existência de fatores considerados imprescindíveis ao bom desempenho das atribuições do cargo".

Desse modo, tendo em vista que não houve impugnação das regras do concurso no momento oportuno, não pode o interessado agora, já excluído, suscitar irregularidade quanto ao critério de avaliação previsto pelo edital.

Nessas condições, inexiste arbitrariedade ou ilegalidade na atuação da Administração no exercício do poder discricionário, que a autoriza, dentro dos limites legais, a praticar atos pelo modo e nas condições que reputar mais convenientes ao interesse público. Assim, não há que falar em vulneração de direito líquido e certo, pois inexiste qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade no ato administrativo impugnado.

Não há, portanto, o alegado direito líquido e certo, pressuposto do mandamus. Ademais, somente por meio de dilação probatória seria possível verificar sua aptidão ou não, o que é inviável nesta via

Acesso ao Sumário

processual eleita.

Assim, a ordem deve mesmo ser denegada.

Ante o exposto, nega-se provimento à apelação, mantendo-se a sentença por seus próprios fundamentos.

Assim, pelo meu voto, julgo improcedente a presente ação rescisória, com fundamento no art. 487, I, do CPC, com a condenação do autor ao pagamento das custas e despesas processuais, inclusive honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor atualizado da causa, observada a gratuita processual que, nesta oportunidade, fica deferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2055027-07.2018.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é autor MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO, é ré MARINA GOMES AMARAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6º Grupo de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Julgaram inadmissível a ação rescisória. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.504)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente), ANTONIO TADEU OTTONI, SOUZA MEIRELLES, FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA, FERRAZ DE ARRUDA, SOUZA NERY e OSVALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 18 de outubro de 2018.

EDSON FERREIRA, Relator

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA. Ribeirão Preto. Prêmio de Incentivo. Vantagem instituída pela Lei Complementar Municipal nº 406/1994, declarada inconstitucional pelo Órgão Especial desta Corte em 13 de setembro de 2017. Seria hipótese de inexigibilidade do título judicial ou de cabimento de ação rescisória, conforme fosse proferida antes ou depois do trânsito em julgado, Código de Processo Civil, artigo 535, §§ 5º e 8º, se estivesse fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou em lei ou ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como

Acesso ao Sumário

incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. Não encampa a declaração de inconstitucionalidade de lei municipal, não pelo Supremo Tribunal Federal, mas pelo Órgão Especial desta Corte, não em face da Constituição Federal, mas da Constituição Estadual. Não cabe alargar o cabimento da ação rescisória, pelo seu caráter excepcional, para além dos estritos limites da previsão legal. Voto pela inadmissibilidade da ação, com fundamento no disposto no artigo 974, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

VOTO

Trata-se de ação rescisória, com fundamento no artigo 966, V, do Código de Processo Civil atual, de acórdão da 13ª Câmara de Direito Público, turma julgadora composta pelos eminentes Desembargadores Souza Meirelles, relator, Flora Maria Nesi Tossi Silva e Ferraz de Arruda, transitado em julgado em 05 de julho de 2017, fls. 56/73.

Município de Ribeirão Preto foi condenado a pagar à servidora pública municipal Marina Gomes Amaral a vantagem do "Prêmio de Incentivo", referente ao período do estágio probatório, com fundamento Lei Complementar Municipal nº 406/1994 e modificações posteriores, declaradas inconstitucional pelo órgão Especial desta Corte, em 13 de setembro de 2017, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2095312-76.2017.8.26.0000, com efeito "ex tunc".

O Município postula a rescisão do julgado, por manifesta violação de norma jurídica, com pedido de antecipação da tutela para suspender o cumprimento da sentença, até final decisão.

Negada antecipação da tutela, fls. 75/76, a parte requerida foi citada e contestou, fls. 97/111.

É o relatório.

Questão unicamente de direito, prova exclusivamente documental, sendo caso de julgamento antecipado da lide.

Ação ajuizada em 23 de março de 2018, dentro do prazo decadencial de dois anos, dado que o acórdão rescindendo transitou em julgado em 05 de julho de 2017.

O acórdão manteve condenação do Município ao pagamento do "Prêmio de Incentivo" em relação ao período de estágio probatório da ré, fls. 56/73.

Em 13 de setembro de 2017, o Órgão Especial desta Corte declarou a inconstitucionalidade da Lei Complementar Municipal nº 406/1994 por violar dispositivos da Constituição Estadual, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº

Acesso ao Sumário

2095312-76.2017.8.26.0000.

Seria hipótese de inexigibilidade do título judicial ou de cabimento de ação rescisória, conforme fosse proferida antes ou depois do trânsito em julgado, Código de Processo Civil, artigo 535, §§ 5º e 8º, se estivesse fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou em lei ou ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

Não encampa, no entanto, a declaração de inconstitucionalidade de lei municipal, não pelo Supremo Tribunal Federal, mas pelo Órgão Especial desta Corte, não em face da Constituição Federal, mas da Constituição Estadual.

A Lei Complementar Municipal nº 406/1994 foi declarada inconstitucional por violar os artigos 5º, 24, § 2º, item 1, 111 e 128 da Constituição Estadual, sendo orientação do Superior Tribunal de Justiça, em face de disposição similar do artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil anterior, de que somente a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal tinha o condão de tornar inexigível o título executivo, não alterando a imutabilidade da coisa julgada a inconstitucionalidade de lei estadual ou municipal reconhecida por órgão de tribunal local em face de Constituição Estadual:

PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA SUPOSTAMENTE INCONSTITUCIONAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. EXEGESE. ***INAPLICABILIDADE ÀS SENTENÇAS FUNDADAS EM LEI OU ATOS NORMATIVOS DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS POR TRIBUNAL LOCAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL****. 1. A quaestio juris trazida ao presente recurso recai sobre a possibilidade de tornar inexigível título judicial fundado em norma municipal, que, posteriormente, foi declarada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça Local, em face da Constituição do Estado, em controle difuso de constitucionalidade. Empregando-se, desse modo, interpretação ampliativa ao disposto no art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil.*

2. A Primeira Seção desta Corte Superior, sob a égide dos recursos repetitivos, art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008, no REsp 1.189.619/PE, de relatoria do Min. Castro Meira, DJe 2.9.2010, firmou o posicionamento de que a norma do art. 741, parágrafo único, do CPC deve ser interpretada restritivamente, porque excepciona o princípio da imutabilidade da coisa julgada, sendo necessário que a inconstitucionalidade tenha sido declarada em precedente do Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado ou difuso. 3. É certo que compete ao Tribunal local o controle de constitucionalidade de leis municipais em face da Constituição dos Estados (art. 125, § 2º, da CF). E

Acesso ao Sumário

que, in casu, constatar-se-ia a coisa julgada com vício de inconstitucionalidade local, cuja interpretação, simétrica e analógica, poderia levar à conclusão de que o titulo judicial seria inexigível. 4. Acontece que, a despeito da perfeita simetria entre os controles constitucionais, da leitura do comando inserto no parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil, observa-se que optou o legislador em resguardar a certeza e a segurança jurídica – que emanam da Lei Maior – ao título judicial fundado em lei ou ato normativo municipal que fere a Constituição Estadual. Do que se infere que o princípio da imutabilidade da coisa julgada, historicamente erigido como coisa absoluta, tão somente poderia ser contraposto à violação de ordem constitucional maior, pois também decorre da Constituição Federal. Resumindo, referido preceito normativo somente seria aplicável quando o Supremo Tribunal Federal houvesse proferido decisão em controle de constitucionalidade, o que in casu, não se operou. Agravo regimental provido para conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Prejudicado o agravo regimental de Aluízio Soares Lessa e outros (fls. 640/642, e-STJ). AgRg no REsp nº 1558035-RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. 18-02-2016, DJe 25-02-2016.

E não cabe alargar o cabimento da ação rescisória, pelo seu caráter excepcional, para além dos estritos limites da previsão legal, sendo nesse sentido os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

1. A ação rescisória é medida excepcional, cabível nos limites das hipóteses taxativas de rescindibilidade previstas no art. 485 do CPC/73 (vigente na data da publicação do provimento jurisdicional impugnado), em razão da proteção constitucional à coisa julgada e do princípio da segurança jurídica. *AR 3.880/DF, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/08/2017, DJe 29/08/2017.*

I - O manejo da ação rescisória é, por princípio, medida judicial excepcional, e sua admissão deve ser restritiva, em atenção ao princípio da segurança jurídica*. AR 1.619/MT, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/02/2015, DJe 05/03/2015.*

Voto, pois, por julgar inadmissível a ação rescisória, segundo o disposto no artigo 974, parágrafo único, do Código de Processo Civil atual, arcando o Município-autor com todas as despesas do processo, incluindo honorários advocatícios, que são fixados em dez por cento do valor atualizado da causa, de R$ 13.496,18, fls. 8.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2173228-

89.2017.8.26.0000, da Comarca de Andradina, em que é autor SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV, são réus JOÃO FRANCISCO PEREIRA e ANÁLIA ALVES PEREIRA.

ACORDAM, em 6º Grupo de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram extinto o processo, sem resolução de mérito, V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.980)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SOUZA NERY (Presidente), FERRAZ DE ARRUDA, J. M. RIBEIRO DE PAULA, EDSON FERREIRA, OSVALDO DE OLIVEIRA e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 17 de outubro de 2018.

FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA, Relatora

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA PROPOSTA COM FUNDAMENTO DO ART. 966, V, do NCPC. DESCABIMENTO. PRETENSÃO VOLTADA AO REEXAME DA CAUSA. MATÉRIA TÍPICA DE RECURSO E NÃO DE RESCISÓRIA. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL.

Ausência de preenchimento dos requisitos do art. 966, V, do CPC/2015. Autora que não interpôs os recursos cabíveis no momento oportuno, pretendendo a modificação do julgado agora em ação rescisória. Inexistência de violação manifesta à norma jurídica.

A ação rescisória, por sua excepcionalidade no sistema processual, só tem cabimento nos estritos casos apontados no art. 966 do NCPC (correspondente ao art. 485 do CPC/73), de modo que se a pretensão é voltada ao reexame do deslinde da causa, referida ação não pode prosperar uma vez que versa sobre matéria típica de recurso.

INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL E EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, nos termos dos artigos 485, inciso VI (falta de interesse processual), art. 330, III e art. 968, §3º todos do Código de Processo Civil de 2015.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação rescisória, com pedido de antecipação de liminar, ajuizada pela **SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV** em face de **JOÃO FRANCISCO PEREIRA** e **ANÁLIA ALVES PEREIRA**, com fundamento no art. 966, inciso V, do CPC. Aduz a autora, em síntese, que: a) trata-se de ação rescisória de v. acórdão de agravo de instrumento, que negou provimento ao recurso fazendário, para deferir o fracionamento da execução para pagamento de honorários advocatícios em violação ao regime de pagamento de precatórios; b) nos embargos à execução, foi reconhecido como devido o valor de R$ 65.797,05 aos autores, mais o valor de R$ 2.000, a título de honorários advocatícios, totalizando R$ 67.797,05. Informa o patrono dos autores que a parte de cada um é de R$ 32.898,52. Pretende o subscritor da petição de fls. 216/220 dos autos principais, que sejam reservados honorários contratualmente firmados com os autores, no importe de 30% do valor da condenação, a serem retirados do valor devido aos demandantes. Desta forma, cada um dos autores receberia R$ 23.028,97 e o patrono destes receberia o valor de R$ 21.739,11, sendo R$ 19.739,11 a título de honorários convencionais e R$ 2.000,00 como honorários sucumbenciais. Requer a expedição de ofícios requisitórios de obrigação de pequeno valor para pagamento. c) houve manifestação da autarquia. A despeito, foi determinado pelo Juízo "a quo" a expedição de ofícios requisitórios no valor de R$ 23.028,99 para cada um dos autores e de R$ 21.739,11 a título de honorários contratuais e de sucumbência em favor do patrono dos demandantes. Informando ao Juízo de primeiro grau dos motivos da impossibilidade de fracionamento, a autoridade judicial de origem deferiu o pleito dos exequentes. De tal decisão, houve o agravo de instrumento a cujo provimento foi negado e que justifica a interposição da presente ação rescisória; d) conforme a certidão proferida no agravo de instrumento, de fls. 519, houve o trânsito em julgado em 07/08/2017, a partir desse momento fluindo o prazo para o ajuizamento da presente ação rescisória. Dessa forma, considerando o prazo de 2 (dois) anos previsto no artigo 975 do CPC, conjugado com o que dispõe a Súmula 401, do STJ, é manifestamente tempestiva a presente demanda rescisória; d) o acórdão proferido com resolução do mérito, cuja rescisão é buscada, julgou processo em que ocorreu manifesta violação de dispositivos constitucionais, que vedam o fracionamento de pagamento por meio de precatório, nos termos do artigo 100, §§ 3º e 8º da Constituição Federal; e) manter-se o acórdão tal como prolatado no agravo de instrumento, caracteriza fracionamento do pedido, o que acaba por burlar o regime de precatórios, permitindo que os réus recebam o débito, que deveria ser pago por precatório judicial, fracionado em requisição de pequeno valor, o que se mostra inviável ante a sistemática constitucional para o caso em tela; f) quando recebidos os ofícios requisitórios pela Coordenadoria de Pagamento de Precatórios, órgão da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo responsável pelo pagamento, verificou-se que o valor a ser pago aos

Acesso ao Sumário

réus é superior ao limite de 1.135,2885 UFESPs, definido na lei estadual n. 11.377/2003; g) a individualização do crédito das partes e dos advogados, para fins de expedição de OPV, é permitida, desde que se verifique antes da expedição da requisição e esteja dentro do limite legal de valor estabelecido na lei; h) necessário esclarecer que tal valor individual devido à autora supera o limite de pagamento pelo regime de requisições de pequeno valor; i) A lei estadual n. 11.377, de 14 de abril de 2003, que dispõe sobre o regramento para pagamento de obrigações de pequeno valor determinado pelo artigo 87, ADCT, em seu artigo 1º, determina o limite para pagamento de OPVs, dispensando-se assim o regime de pagamento de precatórios previsto no artigo 100 da Constituição Federal; j) considerando-se a UFESP de 2017 em R$ 25,07, tem-se que o limite para pagamento de obrigações de pequeno valor no Estado de São Paulo é de R$ 28.461,68 (vinte e oito mil, quatrocentos e sessenta e um reais e sessenta e oito centavos). Assim, não haveria qualquer óbice se o valor devido à autora fosse igual ou inferior ao limite de R$ 28.461,68, o que não é o caso. Cindindo-se os valores tal como pretendido, haveria expressa burla ao regime de pagamento de precatórios, conforme determinado pelo artigo 100 e seus parágrafos da Constituição Federal; k) se o valor devido aos réus fosse igual ou inferior ao limite de 1.135,2885 UFESPs, não haveria qualquer óbice à reserva dos honorários advocatícios para pagamento em separado; l) verifica-se que o pagamento da obrigação pecuniária por meio de requisição de pequeno valor por parte da autarquia autora mostra-se ilegal, na medida em que vai contra a clara determinação do Tribunal de Justiça, emanada pelo Órgão Especial através da Resolução 583/2012, no sentido que o teto do valor em OPV deve abarcar o crédito da autora somado aos honorários contratuais; m) deve ser concedida tutela provisória de urgência, para suspensão da execução até decisão final da presente ação, posto que presentes os requisitos legais autorizadores da medida (art. 300 do CPC), ou seja, presença de elementos que evidenciam a probabilidade do direito em debate e o perigo de dano irreparável; n) na data de 04/09/2017 saiu a publicação abaixo, que dá conta que o bloqueio judicial já foi efetivado; o) também é indubitável o fundado receio de dano de difícil reparação ante a dificuldade que a SPPREV terá para recuperar os créditos pagos indevidamente, tendo em vista a sua natureza alimentar; p) a São Paulo Previdência está sendo compelida a cumprir decisão nula e manifestamente inconstitucional, implementando pagamento de precatório por meio de fracionamento, através de Requisições de Pequeno Valor, burlando a ordem de pagamento, sendo imperiosa a reforma do v. arresto rescindendo, que deve ser prontamente afastado mediante o deferimento da tutela prevista no art. 969 do CPC. Daí a necessidade de um provimento antecipatório que suspenda a execução da decisão rescindenda. Requer a concessão de tutela antecipada, a fim de que seja suspensa a eficácia executiva do acórdão rescindendo até o julgamento final do feito, impedindo o

Acesso ao Sumário

levantamento dos valores objeto do bloqueio judicial e, ao final, a procedência do feito e a desconstituição do acórdão proferido e transitado em julgado.

Concedida a liminar para suspender a eficácia executiva do acórdão rescindendo até o julgamento final do feito, notadamente para impedir o levantamento de quaisquer valores até o julgamento da presente ação, visando a evitar dano grave ou prejuízo irreparável em caso de eventual procedência dos pleitos (fls. 532/537).

Contestação às fls. 541/546, na qual alegam os réus que não há base legal no rol taxativo do art. 966 do CPC que preveja o cabimento da rescisória no caso em análise. Ademais, afirmam que o §5°, do art. 4º da Portaria nº. 9.095/14 do TJSP estabelece permissão para que o advogado requeira a separação do montante da condenação dos seus honorários advocatícios contratuais, para que sejam quitados separadamente, mediante ofício requisitório de pequeno valor, ou seja, o valor referente aos honorários advocatícios, mesmo os contratuais, podem e devem ser executados de forma autônoma. Alegam ainda que sobre esta possibilidade decidiu o STF no RE564132 pela permissão do fracionamento de precatório para pagamento da execução autônoma dos honorários. Relatam que o Estatuto da Ordem dos Advogados também preveem que os honorários do advogado devem ser executados de forma autônoma. Finalmente ressaltam que são idosos e estão com a saúde debilitada dependendo muito do valor da execução. Requereram a extinção da rescisória, sem julgamento de mérito, e caso superada a preliminar que seja a demanda julgada totalmente improcedente. Juntou documentos às fls. 547/704.

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação rescisória (fls. 708/710).

É o relatório.

De início, aponto que o v. acórdão rescindendo foi proferido e publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015, e é sob a ótica desse diploma processual que será analisada sua correção ou não.

Quanto ao requisito temporal para o ajuizamento da ação rescisória, observar-se que a SPPREV **ingressou com a presente ação rescisória em 05.09.2017** (conforme consta no SAJ), enquanto que o v. acórdão que se pretende rescindir transitou em julgado em **17.07.2017**, ou seja, a postulante ingressou com ação rescisória dentro do prazo de 02 anos a contar do trânsito em julgado da r. decisão que se pretende rescindir, tendo sido, assim, atendido o requisito previsto no art. 975 "caput" e §2º do CPC/2015, quanto à tempestividade da presente demanda.

Quanto ao recolhimento de custas, importante pontuar que na espécie, não foi necessário determinar o recolhimento da multa prevista no art. 968, §1º do CPC/15, pois a autora é pessoa jurídica de direito público, portanto, abrangida

Acesso ao Sumário

por isenção legal.

Preenchidos, portanto, os requisitos formais para processamento da ação, passa-se à análise dos demais elementos da demanda.

Depreende-se das cópias dos autos principais (nº 0002444-80.2013.8.26.0024) juntados pelas partes na presente ação rescisória, que JOÃO FRANCISCO PEREIRA e ANÁLIA ALVES PEREIRA ajuizaram ação em face da SPPREV pleiteando pensão por morte de sua filha, servidora pública estadual (fls. 21/35), a qual foi julgada procedente em 1º Grau (fls. 37/39) e parcialmente reformada pelo v. acórdão proferido em 30.07.2014 pela C. 12ª Câmara de Direito Público, somente no que toca aos honorários advocatícios sucumbenciais que foram reduzidos para R$ 2.000,00 (fls. 40/44).

Iniciada a fase executiva, os autores-exequentes (réus na presente ação rescisória), pleitearam o pagamento do principal atualizado (R$ 67.352,36) + honorários sucumbenciais (R$ 2.000,00), que totalizaram R$ 69.352,36 e, **ressalvaram que do valor devido à eles (principal atualizado), 30% (ou seja, R$ 20.205,70) deveria ser reservado para pagamento de honorários contratuais. Sustentaram a possibilidade de execução autônoma dos honorários (contratuais + sucumbenciais), bem como o advogado renunciou o direito de receber o valor excedente a 1.135,2885 UFESPs para que, assim, fosse determinada a expedição de RPV para pagamento de honorários advocatícios** (fls. 45/50).

A SPPREV opôs embargos sustentando excesso de execução (proc. nº 0003481-74.2015.8.26.0024 - fls. 51/60). Diante da concordância pelos embargados (réus na presente ação rescisória) dos cálculos apresentados pela SPPREV, o Juízo "a quo" julgou procedentes os embargos à execução (fls. 61/63). Os embargados informaram a desistência do prazo recursal (fls. 87) que foi homologada pelo Juízo "a quo" (fls. 89).

Após o trânsito em julgado dos embargos à execução, os ora réus peticionaram requerendo o pagamento da importância de R$ 32.898,52 para cada um, havendo novamente pleito do advogado de reserva de 30% (R$ 19.739,11), relativos aos honorários contratuais, para que fossem quitados separadamente, mediante ofício requisitório de pequeno valor, juntamente com os honorários sucumbenciais (R$ 2.000,00), perfazendo o montante de R$ 21.739,11 a ser destacado (fls. 91/98).

Acesso ao Sumário

A SPPREV manifestou-se contrariamente ao pleito dos ora réus, alegando que a forma de pagamento como indicada importaria tentativa de burla ao regime constitucional de pagamento por meio de precatórios, pois o valor individual superaria o limite de pagamento pelo regime de requisições de pequeno valor que seria de R$ 24.124,88 (UFESP de 2015 = 21,25), bem como não seria possível à cisão de valores como pretende o patrono, sob pena de ofensa ao art.

100, §8º da CF/88 (fls. 100/106). Houve manifestação da parte contrária (fls. 108/111).

Sobreveio r. decisão de 1º Grau (fls. 112/116) que não acolheu a manifestação da SPPREV e determinou a expedição de ofícios requisitórios no valor de R$ 23.028,97 para cada um dos autores (ora réus) e de R$ 21.739,11 a título de honorários advocatícios contratuais e de sucumbência em favor do patrono dos autores (ora réus). **Foi certificado o decurso de prazo para interposição de recurso (fls. 117).**

Foram requisitados os valores (fls. 118/122), tendo o Juízo "a quo" determinado à expedição de ofício requisitório (fls. 123), o que foi realizado às fls. 125/128. Retificado o ofício requisitório (fls. 125/142).

A SPPREV apresentou manifestação, reiterando as alegações de fls. 108/111 (valor requisitado que ultrapassa 1.135.2885 UFESPs), bem como sustentando que o pleito dos autores (réus na presente ação rescisória) não está de acordo com a Resolução nº 583/2012, de forma que "*verifica-se que o pagamento da obrigação pecuniária por meio de requisição de pequeno valor por parte da autarquia mostra-se ilegal, na medida em que vai contra a clara determinação do Tribunal de Justiça, emanada pelo Órgão Especial através da Resolução 583/2012, no sentido que o teto do valor em OPV deve abarcar o crédito dos autores somado aos honorários contratuais*" (fls. 143/145).

Sobreveio r. decisão de 1º Grau que assim decidiu (fls. 164):

"Vistos.

Na questão dos autos, resta pacificado que o caráter alimentar do crédito contra a Fazenda Pública não dispensa a expedição de precatório quando acima do teto previsto para o RPV (RE 334279 , Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 15/06/2004, DJ 20-08-2004 PP-00050 EMENT VOL-02160-03 PP-00480).

Também, em se tratando de honorários advocatícios, aplicável a Súmula Vinculante nº 47, in verbis:

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

Ademais, cabível a formação de litisconsórcio ativo facultativo na execução e a expedição de RPV individual para cada litisconsorte, desde que os créditos, individualmente considerados, não ultrapassem o teto previsto na legislação estadual.

Assim, intime-se o executado para apresentar, no prazo de 05 dias, o limite atualizado em 2017 para a expedição de RPV, restando advertido de que, tratando-se de litisconsortes, os créditos devem ser considerados individualmente, assim como honorários advocatícios,

quando destacados do principal, conforme SV 47.

Int".

A SPPREV interpôs agravo de instrumento (nº 20522610-18.2017.8.26.0000 – cópias às fls. 269/509) contra a r. decisão acima indicada que foram distribuídos à Exma. Desª Isabel Cogan (C. 12ª Câmara de Direito Público) em 27.03.2017, tendo esta concedido efeito suspensivo ao recurso até decisão definitiva da Turma Julgadora.

Não obstante, em 21.03.2017, o Juízo "a quo" proferiu r. decisão nos autos principais (fls. 510/514) afirmando que os valores devidos a cada litisconsorte e ao advogado, individualmente, não ultrapassa o limite atualizado para expedição de RPV (R$ 28.461,68, considerando o valor de R$ 25,07 da UFESP para o ano de 2017). Determinou, assim, o Juízo Singular a expedição de ordem de bloqueio, via BacenJud, de valores existentes em nome dos executados até o montante indicado na execução para cada litisconsorte e advogado. Consoante certidão de fls. 516, os valores foram bloqueados, porém não foram transferidos para conta judicial.

Em 10.05.2017, foi proferido o v. acórdão rescindendo negando provimento ao agravo de instrumento interposto pela FESP, sob o fundamento de que é possível a expedição de RPV para pagamento dos honorários advocatícios, sejam eles contratuais sejam sucumbenciais, pois "*não se trata de fracionamento do débito, mas de individualização daquilo que é devido a cada um dos credores, isto é, às partes e a seu patrono, na medida em que os valores relativos à condenação dita 'principal' e à verba honorária são autônomos e independentes*" (fls. 521/528).

Nesta oportunidade, a autora ajuíza ação rescisória, com fundamento no art. 966, inciso V do CPC/2015, pelos motivos já apontados.

Em que pese os argumentos da SPPPREV, ora autora, não é caso de análise do mérito da ação rescisória, pelos motivos abaixo explicitados.

Nos termos do ordenamento jurídico em vigor, a ação rescisória está prevista no artigo 966 do CPC/2.015, que dispõe:

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

I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;

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

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar manifestamente norma jurídica;

Acesso ao Sumário

VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

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

§ 1o Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado.

§ 2o Nas hipóteses previstas nos incisos do caput, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça:

I - nova propositura da demanda; ou

II - admissibilidade do recurso correspondente.

§ 3º A ação rescisória pode ter por objeto apenas 1 (um) capítulo da decisão.

§ 4º Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei.

§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento. ***(Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)***

§ 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica. ***(Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)***

Quanto à natureza jurídica, taxatividade e às hipóteses insertas no rol previsto no referido artigo 966 do CPC/2.015, ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> *"Natureza Jurídica. É ação autônoma de impugnação, de natureza constitutiva negativa quanto ao juízo rescidendo, dando ensejo à instauração de outra relação processual distinta daquela em que foi proferida a decisão rescidenda...."*
>
> *...*
>
> *"Taxatividade. As hipóteses que ensejam a rescisão da sentença estão arroladas em 'numerus clausus' na norma ora comentada. Este rol taxativo não admite ampliação por interpretação analógica ou extensiva."*
>
> *(in, CPC Comentado e Legislação Extravagante, 16ª edição revista,*

Acesso ao Sumário

atualizada e ampliada, 2016, ed. Revista dos Tribunais, p. 2.051)

Assim, considerando a natureza e a taxatividade inerentes à ação rescisória, a autora, para preencher os pressupostos de admissibilidade, ao fundamentar a propositura da ação nos incisos **V do art. 966 do CPC/2.015, deveria demonstrar de plano a pertinência da rescisão do ato decisório transitado em julgado.**

Todavia, no caso concreto, não se verifica referida pertinência, observando-se que a presente ação não preenche os pressupostos de admissibilidade, merecendo ser extinta, sem resolução de mérito, pelos motivos a seguir expostos.

Com efeito, em relação à manifesta violação da norma jurídica, inserta no inciso V, do art. 966 do CPC/2.015, a autora assevera que a r. decisão judicial deve ser reformada uma vez que o v. acórdão infringiu o disposto no art. 100, e seus parágrafos da Constituição Federal.

Alega, ainda, que o v. acórdão não merece subsistir, pois o pagamento da obrigação pecuniária por meio de requisição de pequeno valor por parte da autarquia mostra-se ilegal, na medida em que vai contra a clara determinação do Tribunal de Justiça, emanada pelo Órgão Especial através da Resolução 583/2012.

Todavia, respeitada a tese da postulante, não é possível extrair do v. acórdão e dos argumentos da rescisória, qual afronta evidente à norma constitucional ocorreu no caso concreto.

Muito pelo contrário.

Observo que, iniciada a fase executiva, os autores-exequentes (réus na presente ação rescisória) já tinham sustentado a possibilidade de execução autônoma dos honorários (contratuais + sucumbenciais), bem como o advogado havia renunciado o direito de receber o valor excedente a 1.135,2885 UFESPs para que, assim, fosse determinada a expedição de RPV para pagamento de honorários advocatícios (fls. 45/50).

Em seus embargos à execução, a SPPREV limitou-se a alegar que havia excesso, **nada se referindo quanto ao pedido de expedição de RPV (execução autônoma) para pagamento de honorários advocatícios**, tendo os ora réus concordado com o montante apresentado pela SPPREV.

Após o **trânsito em julgado dos embargos à execução**, os ora réus peticionaram requerendo o pagamento da importância devida para cada um deles, bem como pleiteando novamente o advogado a reserva de 30%, relativos aos honorários contratuais, para que fossem quitados separadamente, mediante ofício requisitório de pequeno valor, juntamente com os honorários sucumbenciais (fls. 91/98).

Sobreveio manifestação da SPPREV contrariamente ao pleito dos ora réus, alegando que não seria possível à cisão de valores como pretende o patrono,

Acesso ao Sumário

sob pena de ofensa ao art. 100, §8º da CF/88 (fls. 100/106).

Por meio da r. decisão de 1º Grau (fls. 112/116) o Juízo "a quo" não acolheu a manifestação da SPPREV e determinou a expedição de ofícios requisitórios para cada um dos autores (ora réus) e para o patrono dos autores (ora réus) a título de honorários advocatícios contratuais e de sucumbência. **Saliento que contra esta r. decisão a SPPREV não interpôs o recurso cabível, tendo sido certificado o decurso de prazo para interposição de recurso, consoante fls. 117**.

Não obstante, após os valores serem requisitados, a SPPREV persistiu no argumento de impossibilidade de expedição de RPV específico para pagamento dos honorários advocatícios, fundamentando que o pleito dos autores (réus na presente ação rescisória) não estaria de acordo com a Resolução nº 583/2012 (fls. 143/145).

Diante do não acolhimento de seu pleito pelo Juízo Singular, a SPPREV interpôs o agravo de instrumento nº 20522610-18.2017.8.26.0000, no qual foi proferido o v. acórdão rescindendo.

Verifica-se, portanto, que a SPPREV pretende utilizar a presente ação rescisória como mera via recursal, o que não é admitido, pois ficou demonstrado que, no momento oportuno, não apresentou embargos à execução no que toca ao pleito de execução autônoma dos honorários advocatícios (contratuais e sucumbenciais), tampouco apresentou recurso cabível contra a r. decisão de 1º Grau que acolheu o pleito dos autores (ora réus) para expedir RPV exclusivamente dos honorários advocatícios (contratuais e sucumbenciais).

Nesta perspectiva, no próprio v. aresto rescindendo restou consignado "*que em face da r. decisão de fls.143/145, a FESP não apresentou recurso cabível*" (fls. 528).

Além disso, deixou a SPPREV que o v. acórdão que pretende rescindir transitasse em julgado, ou seja, novamente não apresentou o recurso cabível para as instâncias superiores, o que, em tese, seria possível, tendo em vista que o argumento da SPPREV é o de que o v. acórdão rescindendo viola os disposto no art. 100 e parágrafos da CF/88.

Ademais, ainda que assim não fosse, considerando a sólida fundamentação apresentada no v. acórdão que se pretende rescindir, não é possível verificar manifesta violação à norma jurídica.

A C. 12ª Câmara de Direito Público fundamentou o decidido no

v. aresto rescindendo no art. 22 da Lei nº 8.906/1994, r. decisão proferida pelo E. STJ no julgamento do REsp 1.347.736/RS, submetido ao rito dos recursos repetitivos e Resolução nº 199/2005 alterada pela Resolução nº 583/2012 do C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, tendo apontado expressamente que o entendimento ali manifestado "*não importa em afronta aos artigos 100, §§ 3º*

e 8º, da Constituição Federal e 128, §§ 1º, 2º e 3º, da Lei n. 8.213/91", "verbis":

"Salienta-se que, os honorários advocatícios, sejam contratuais ou de sucumbência, pertencem exclusivamente ao advogado, conferindo aos seus titulares a prerrogativa de executá-los em nome próprio.

Dispõe o artigo 22, da Lei n.º 8.906/94, in verbis:

'A prestação do serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

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

O C. Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 1.347.736/RS, submetido ao rito dos recursos repetitivos previsto no artigo 543-C do Código de Processo Civil, decidiu que os honorários advocatícios podem ser executados autonomamente nas hipóteses de execução contra a Fazenda Pública, por pertencerem exclusivamente ao causídico que tenha atuado no processo, nos termos dos artigos 23 e 24, § 1º, da Lei n. 8.906/94.

Vale ressaltar, aliás, que tal entendimento não importa em afronta aos artigos 100, §§ 3º e 8º, da Constituição Federal e 128, §§ 1º, 2º e 3º, da Lei n. 8.213/91, conforme se depreende da ementa do referido julgado:

'CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N. 8/2008. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESMEMBRAMENTO DO MONTANTE PRINCIPAL SUJEITO A PRECATÓRIO. ADOÇÃO DE RITO DISTINTO (RPV). POSSIBILIDADE. DA NATUREZA DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. No direito brasileiro, os honorários de qualquer espécie, inclusive os de sucumbência, pertencem ao advogado; e o contrato, a decisão e a sentença que os estabelecem são títulos executivos, que podem ser executados autonomamente, nos termos dos arts. 23 e 24, § 1º, da Lei 8.906/1994, que fixa o estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. 2. A sentença definitiva, ou seja, em que apreciado o mérito da causa, constitui, basicamente, duas relações jurídicas: a do vencedor em face do vencido e a deste com o advogado da parte adversa. Na primeira relação, estará o vencido obrigado a dar, fazer ou deixar de fazer alguma coisa em favor do seu adversário processual. Na segunda, será imposto ao vencido o dever de arcar com os honorários sucumbenciais em favor dos advogados do vencedor. 3. Já na sentença terminativa, como o processo é extinto sem resolução de mérito, forma-se apenas a segunda

Acesso ao Sumário

relação, entre o advogado e a parte que deu causa ao processo, o que revela não haver acessoriedade necessária entre as duas relações. Assim, é possível que exista crédito de honorários independentemente da existência de crédito "principal" titularizado pela parte vencedora da demanda. 4. **Os honorários, portanto, constituem direito autônomo do causídico, que poderá executá-los nos próprios autos ou em ação distinta.** 5. Diz-se que os honorários são créditos acessórios porque não são o bem da vida imediatamente perseguido em juízo, e não porque dependem de um crédito dito "principal". Assim, não é correto afirmar que a natureza acessória dos honorários impede que se adote procedimento distinto do que for utilizado para o crédito "principal". Art. 100, § 8º, da CF. 6. O art. 100, § 8º, da CF não proíbe, nem mesmo implicitamente, que a execução dos honorários se faça sob regime diferente daquele utilizado para o crédito dito "principal". O dispositivo tem por propósito evitar que o exequente se utilize de maneira simultânea - mediante fracionamento ou repartição do valor executado - de dois sistemas de satisfação do crédito (requisição de pequeno valor e precatório). 7. **O fracionamento vedado pela norma constitucional toma por base a titularidade do crédito. Assim, um mesmo credor não pode ter seu crédito satisfeito por RPV e precatório, simultaneamente. Nada impede, todavia, que dois ou mais credores, incluídos no polo ativo da mesma execução, possam receber seus créditos por sistemas distintos (RPV ou precatório), de acordo com o valor que couber a cada qual.** 8. Sendo a execução promovida em regime de litisconsórcio ativo voluntário, a aferição do valor, para fins de submissão ao rito da RPV (art. 100, § 3º da CF/88), deve levar em conta o crédito individual de cada exequente. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público do STJ. 9. Optando o advogado por executar os honorários nos próprios autos, haverá regime de litisconsórcio ativo facultativo (já que poderiam ser executados autonomamente) com o titular do crédito dito "principal". 10. Assim, havendo litisconsórcio ativo voluntário entre o advogado e seu cliente, a aferição do valor, para fins de submissão ao rito da RPV, deve levar em conta o crédito individual de cada exequente, nos termos da jurisprudência pacífica do STJ. 11. **O fracionamento proscrito pela regra do art.100, § 8º, da CF ocorreria apenas se o advogado pretendesse receber seus honorários de sucumbência parte em requisição de pequeno valor e parte em precatório. Limitando-se o advogado a requerer a expedição de RPV, quando seus honorários não excederam ao teto legal, não haverá fracionamento algum da execução, mesmo que o crédito do seu cliente siga o regime de precatório**. E não ocorrerá fracionamento porque assim não pode ser considerada a execução de créditos independentes, a exemplo do que acontece nas hipóteses de litisconsórcio ativo facultativo, para as quais a jurisprudência admite que o valor da execução seja considerado por credor individualmente considerado. RE 564.132/RS, submetido ao rito

Acesso ao Sumário

da repercussão geral. 12. No RE 564.132/RS, o Estado do Rio Grande do Sul insurge-se contra decisão do Tribunal de Justiça local que assegurou ao advogado do exequente o direito de requisitar os honorários de sucumbência por meio de requisição de pequeno valor, enquanto o crédito dito "principal" seguiu a sistemática dos precatórios. Esse recurso foi submetido ao rito da repercussão geral, considerando a existência de interpretações divergentes dadas ao art. 100, § 8º, da CF. 13. Em 3.12.2008, iniciou-se o julgamento do apelo, tendo o relator, Ministro Eros Grau, negado provimento ao recurso, acompanhado pelos votos dos Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Carlos Ayres Brito. O Ministro Cezar Peluso abriu a divergência ao dar provimento ao recurso. Pediu vista a Ministra Ellen Gracie. Com a aposentadoria de Sua Excelência, os autos foram conclusos ao Min. Luiz Fux em 23.4.2012. 14. Há, portanto, uma maioria provisória, admitindo a execução de forma autônoma dos honorários de sucumbência mediante RPV, mesmo quando o valor "principal" seguir o regime dos precatórios. 15. **Não há impedimento constitucional, ou mesmo legal, para que os honorários advocatícios, quando não excederem ao valor limite, possam ser executados mediante RPV, ainda que o crédito dito "principal" observe o regime dos precatórios**. Esta é, sem dúvida, a melhor exegese para o art. 100, § 8º, da CF, e por tabela para os arts. 17, § 3º, da Lei 10.259/2001 e 128, § 1º, da Lei 8.213/1991, neste recurso apontados como malferidos. 16. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008'. (REsp 1.347.736/RS, Rel. Min. Castro Meira, Rel. p/ Acórdão Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, j. 09.10.2013, DJe 15.04) – grifos no original.

Por fim, tem-se que a simples divergência jurisprudencial não é requisito para a propositura de ação rescisória. Neste sentido:

"Ação rescisória de acórdão fundada no art. 966, V, do CPC. Concurso Público. Candidato aprovado dentro do número de vagas ofertadas no edital. Direito subjetivo à nomeação e à posse e ao pagamento dos atrasados a contar da data de expiração do concurso. Alegação de manifesta violação aos arts. 884 a 886, do CC (enriquecimento sem justa causa) e contrariedade a entendimento pacífico dos Tribunais Superiores. Descabimento. Inexistência de vício hábil a ensejar a revisão do julgado. Mero inconformismo que não autoriza o manejo da ação rescisória. ***Manifesta violação de norma jurídica que deve ser flagrante, inequívoca, não escorada em divergência jurisprudencial.*** *Procedimento que não pode ser utilizado como sucedâneo recursal. Precedentes. Ação improcedente".* (TJSP; Ação Rescisória 2179588-74.2016.8.26.0000; Relator (a): Antonio Celso Aguilar Cortez; Órgão Julgador: 5º Grupo de Direito Público; Foro de São Manuel - 1ª V.CÍVEL; Data do Julgamento:

Acesso ao Sumário

12/03/2018; Data de Registro: 28/03/2018).

"AÇÃO RESCISÓRIA – Pretensão rescisória fundada em violação manifesta de norma jurídica – ***Demanda, porém, cuja causa de pedir é alegação genérica de mera divergência jurisprudencial*** *– Inadmissibilidade – Hipótese de não cabimento da ação rescisória Indeferimento da inicial. PROCESSO EXTINTO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. 1. Sem afronta direta, evidente, incontroversa e aberrante ao ius in thesi e in concreto pronunciado no julgado que se busca rescindir, não se admite pretensão deduzida em ação rescisória apoiada no art. 966, V, do CPC. 2. Em quadro de mera interpretação controvertida nos tribunais não há afronta direta ou literal à comando legal para justificar a destruição da coisa julgada, em ação rescisória (cf. súmula 343 do STF)".* (TJSP; Ação Rescisória 2114354-48.2016.8.26.0000; Relator (a): Vicente de Abreu Amadei; Órgão Julgador: 1º Grupo de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 4ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 13/09/2016; Data de Registro: 14/09/2016).

"Ação Rescisória. V. Aresto que, acolhendo recurso do Ministério Público, julgou procedente Ação Civil Pública movida contra o ora requerente pela prática de atos de improbidade administrativa. Alegada violação de literal disposição de lei (CPC, art. 485, V). Inocorrência. Jurisprudência pacificada a respeito da admissibilidade de ação de improbidade administrativa contra prefeitos. ***Divergência jurisprudencial que, por outro lado, não rende ensejo à propositura de ação rescisória****. Ação julgada improcedente. Impugnação ao valor da causa também desacolhida".* (TJSP; Ação Rescisória 0183610- 93.2008.8.26.0000; Relator (a): Aroldo Viotti; Órgão Julgador: 5º Grupo de Direito Público; Foro de Assis – 3ª VARA CIVEL; Data do Julgamento: 15/04/2014; Data de Registro: 17/04/2014).

"AÇÃO RESCISÓRIA ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO EXCLUSÃO DOS AUTORES DO SISTEMA DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS PRETENSÃO À DESCONSTITUIÇÃO DE V. ACÓRDÃO COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 485, INCISOS V e VII, DO CPC IMPOSSIBILIDADE INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. 1. Concessão do benefício da gratuidade de justiça à parte autora. 2. A ação rescisória não pode ser utilizada como sucedâneo do recurso cabível. 3. Inocorrência de violação flagrante e direta do v. aresto rescindendo com relação às normas jurídicas apontadas na petição inicial. 4. ***Ademais, eventual divergência jurisprudencial a respeito do tema não permitiria a propositura de ação rescisória****, por força da Súmula nº 343 do E. STF. 5. Inexistência de caracterização de documento novo, para os fins previstos no artigo 485, VII, do CPC. 6. Ação rescisória*

Acesso ao Sumário

julgada extinta, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, I, do CPC". (TJSP; Ação Rescisória 2068686-25.2014.8.26.0000; Relator (a): Francisco Bianco; Órgão Julgador: 2º Grupo de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 3ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 04/08/2014; Data de Registro: 08/08/2014).

No mais, quanto ao art. 966, V, do CPC/2.015, importante observar que a aludida afronta a norma jurídica deve ser aquela **manifesta**, evidente, aberrante e não somente deduzível a partir de interpretações eventualmente apresentadas pelas partes que, na espécie, insistem em que suas teses sejam acolhidas.

Ainda acerca do inciso V do artigo 966 (correspondente ao art. 485, V, do CPC/1973), oportuna a transcrição dos ensinamentos de Theotonio Negrão:

*"**A afronta deve ser direta – contra a literalidade da norma jurídica – e não deduzível a partir de interpretações possíveis, restritivas ou extensivas, ou mesmo integração analógica**" (STJ – 2ª Seção, AR 720-EI, Min. Nancy Andrighi, j. 9.10.02, DJU 17.2.03).No mesmo sentido: RJTJERGS 286/211 (AR 70049010077)*

*"**Para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC prospere, é necessário que a interpretação dada pelo decisum rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade**. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se recurso ordinário com prazo de interposição de dois anos" (RSTJ 93/416). No mesmo sentido: RSTJ 40/17, STJ – RT 733/154, RT 634/93."*

(*in*, CPC e legislação processual em vigor, 47ª edição revista e atualizada, 2.016, ed. Saraiva, p. 864) – *destaquei*

Nesta perspectiva, considerando que no caso concreto, a SPPREV limita-se a reiterar as teses da ação originária e do agravo de instrumento, não é possível admitir que estão preenchidos todos os requisitos legais da ação rescisória.

Repiso que a SPPREV pretende rediscutir questões que deveriam ter sido ventiladas em recurso cabível caso interposto em momento oportuno, o que ficou demonstrado que não ocorreu.

Acesso ao Sumário

Enfim, neste contexto, evidenciado o intuito de reapreciação de argumentos, devolvendo ao Tribunal matéria já debatida à exaustão, sem elementos novos a acrescentar, hábeis a modificar decisão judicial transitada em julgado.

Por consequência, considerando que as alegações são **típicas de recurso diverso, tratando, em sua maioria, de queixas relativas à apreciação dos argumentos, há, na verdade, intuito da SPPREV de rediscutir matéria própria de recurso diverso, não se enquadrando as presentes alegações nas disposições legais do artigo 966 do Código de Processo Civil/2.015.**

Em razão de todo apresentado, verifica-se que a SPPREV não logrou enquadrar a presente ação nas hipóteses do inciso V do artigo 966 do CPC/2015 e, sendo a via rescisória classificada como ação impugnativa autônoma, de aplicação excepcional no sistema processual, porque visa desconstituir os efeitos da coisa julgada, só é admitida nos casos enumerados na lei (*numerus clausus*), não tendo lugar, em hipótese alguma, para a simples inversão do julgado baseado em argumentos já analisados na ação originária e afastados pelo v. acórdão rescindendo proferido em sede de agravo de instrumento.

Conclui-se, portanto, que a presente ação rescisória deve ser julgada extinta, sem resolução do mérito, por ausência de interesse de agir (na modalidade adequação).

Diante do exposto, pelo meu voto, **INDEFIRO A PETIÇÃO INICIAL E JULGO EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO**, nos termos dos artigos 485, inciso VI (falta de interesse processual), art. 330, III e art. 968, §3º todos do Código de Processo Civil de 2015, pelos motivos acima explicitados.

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2209097-79.2018.8.26.0000, da Comarca de Americana, em que é agravante LÁSARO LEAÕN, é agravado MUNICÍPIO DE AMERICANA.

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 27.952)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente sem voto), MARIA OLÍVIA ALVES e LEME DE CAMPOS.

São Paulo, 1º de novembro de 2018.

REINALDO MILUZZI, Relator

Ementa: TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA

Acesso ao Sumário

– Ação objetivando o recebimento de medicamento Revlimid 10 mg (Lenalidomida) – Impossibilidade – Fármaco que foi autorizado pela ANVISA apenas para tratamento de pacientes com mieloma múltiplo refratário ou recidivado ou com anemia dependente de transfusões decorrentes de síndrome mielodisplásica – Autor, ora agravante, que é portador de Linfoma – Não Hodgkin, subtipo zona do manto – Resolução da ANVISA/MS (RDC 191, de 11/12/17) que, além das indicações do medicamento em território nacional, também aponta os cuidados exigidos para qualificação para tornar os profissionais aptos para a prescrição e acompanhamento do uso da droga – Médico que prescreveu o fármaco ao autor, que não fez o treinamento para a habilitação, a fim de fazer a prescrição – Ausência do requisito da probabilidade do direito – Revogação da decisão de antecipação da tutela recursal – Recurso não provido

VOTO

RELATÓRIO.

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra a r. decisão de fls.92/93 que, nos autos da ação de obrigação de fazer ajuizada pelo agravante contra o Município de Americana, indeferiu a tutela de urgência para fornecimento do medicamento Lenalidomida.

Invoca o recorrente os artigos 6º, 196 e 198 da CF que salientam que a saúde é responsabilidade do Estado, bem assim o art.7º da Lei 8.080/90 que dispõe que cabe ao SUS, com a participação dos entes estatais nos três níveis (União, Estado e Municípios), promover as condições e dar assistência ao pleno exercício do direito a saúde garantindo meios para o tratamento médico adequado. Sustenta que não há que se falar em reserva do possível, pois se trata de direito à saúde e à vida; que há prova inequívoca nos autos fundada em relatório médico detalhado de que é necessário o fornecimento do medicamento Lenalidomina. Informa que afirmou na petição inicial que o referido medicamento, de nome comercial Revlimid não possuía registro na ANVISA, razão pela qual o MM. Juízo indeferiu o pedido. Contudo, teve conhecimento que o medicamento tem registro no referido órgão pela empresa Celgene Brasil Produtos Farmacêuticos Ltda., número de registro 196140002, vigente até 12/2022, conforme se verifica do endereço eletrônico: (endereço constante no texto original). Portanto, agora possui os três requisitos do REsp 1.657.156 necessários para o recebimento do

Acesso ao Sumário

medicamento e presentes os requisitos do "*fumus boni iuris*" e do "*periculum in mora*", pede o efeito ativo ao recurso.

Recurso tempestivo, ao qual foi atribuído o efeito ativo pela decisão de fls. 213/214.

Intimado, o Município apresentou contraminuta (fls.218/226), acompanhada de documentos (fls. 229/253).

FUNDAMENTOS.

Anoto, de início, que foi desnecessária a intimação do agravante para manifestar-se sobre os documentos juntados com a contraminuta, porque já eram de seu conhecimento. Ele próprio os juntou com a minuta recursal (Parecer Público de Avaliação do Medicamento – Aprovação – ANVISA fls.117/154).

Agora com análise mais aprofundada deles, é possível concluir que a medicação Revlimid (Lenalinomida) foi aprovada pela ANVISA para as seguintes indicações:

a) em combinação com a dexametasona, para o tratamento de pacientes com mieloma múltiplo refratário ou recidivado que já tenham recebido pelo menos tratamento anterior;

b) para pacientes com anemia dependente de transfusões decorrentes de síndrome meilodisplásica.

Todavia, o autor, ora agravante, é portador de Linfoma Não Hodgkin, subtipo Zona do Manto, CID 10 C.85.

Não bastasse isso, foi promulgada uma Resolução da Diretoria Colegiada ANVISA/Ministério da Saúde para a medicação Revlimid, a RDC 191, de 11/12/2017 que, além de descrever as indicações do medicamento em território nacional, também aponta os cuidados exigidos para qualificação para tornar os profissionais aptos para a prescrição e acompanhamento do uso da droga (fls.229/230). Tais informações também constam do Parecer Público de Avaliação da Medicação – Aprovação – ANVISA (fls.117/154 do instrumento).

Entretanto, o médico que assiste o agravante não fez o treinamento para habilitação a fim de prescrever o referido medicamento.

Portanto, tais ponderações esbarram em um dos critérios exigidos no RE 1.657.156 – Tema 106 – registro na ANVISA, que deve ser preenchido, pois a ação foi distribuída em 27/7/2018, ou seja, após a referida decisão datada de 25/4/2018.

Vale ainda dizer que a Administração Municipal disponibilizou consulta para o autor em Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia credenciada pelo Ministério da Saúde, a ser agendada pela Diretoria Regional de Saúde de Campinas, que já aceitou o encaminhamento do caso (fl.231).

Daí porque, não obstante a urgência do pedido e sem deixar de me

Acesso ao Sumário

solidarizar com o flagelo vivido pelo autor/agravante, não vislumbro hipótese de antecipação da tutela, razão pela qual a r. decisão agravada deve ser mantida e cassada a liminar concedida por esta relatoria.

Oficie-se ao Juízo.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2206329-83.2018.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que é agravante ANDRÉ HORÁCIO FIGUEIREDO DE LIMA (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado SECRETÁRIO MUNICIPAL DE INOVAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DA PREFEITURA DE SANTO ANDRÉ.

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 17.637)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICENTE DE ABREU AMADEI (Presidente) e LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 5 de novembro de 2018.

ALIENDE RIBEIRO, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento – Mandado de Segurança – Decisão que indeferiu o pedido liminar de suspensão de pena disciplinar aplicada – Não há elementos suficientes para se verificar, de plano, a irregularidade, ilegalidade ou insubsistência do procedimento que culminou com a aplicação da pena disciplinar – Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que, em mandado de segurança, que indeferiu o pedido liminar.

Narra o agravante que impetrou a ação mandamental para garantir direito líquido e certo a verbas de natureza alimentar, consubstanciadas nos seus vencimentos, e discutir a nulidade do processo administrativo que aplicou

penalidade de suspensão de 30 dias. Relata que é servidor público lotado da Secretaria de Cultura e recebeu uma sanção punitiva suspensiva de 30 dias, aplicada de forma ilegal e absurda, o que culminou com desconto em sua folha de pagamento que, somado aos demais descontos, levou à supressão do valor total de seus vencimentos. Entende que o ato é ilegal e abusivo, pois atinge sua própria subsistência e as condições mínimas de dignidade de sua família. Salienta que a pretensão punitiva da Administração Pública, no processo administrativo que culminou com a aplicação da penalidade disciplinar de 30 dias, está prescrita. Ademais, observa a inexistência do fato típico disciplinar e a ausência de motivação do ato administrativo. Ressalta, ainda, que os artigos 100, inciso VIII, e artigo 169, §1º, da Lei nº 1492/59 (Estatuto dos Servidores Municipais) determinam que o funcionário não sofrerá desconto em seu vencimento, remuneração ou provento além dos previstos em lei e a indenização de prejuízo causado à Fazenda Municipal poderá ser liquidada mediante desconto em prestações mensais não excedentes da décima parte do vencimento ou remuneração, o que evidencia o caráter ilegal e abusivo do ato impetrado. Requer, assim, a concessão de medida cautelar recursal para que não seja aplicada de imediato a penalidade disciplinar de 30 dias de suspensão e o corte integral em sua folha de vencimento, sob pena de multa de R$ 10.000,00. Subsidiariamente, postula a concessão de medida cautelar recursal para obstar o corte integral dos vencimentos na aplicação da penalidade, conforme artigo 169, §1º, do Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Santo André, com o desconto em prestações mensais que não excedam a décima parte do vencimento ou remuneração do impetrante.

Indeferida a medida cautelar recursal (f. 349/351), veio aos autos a contraminuta da agravada (f. 356/363).

É o relatório.

O presente recurso foi tirado de decisão que indeferiu o pedido liminar nos seguintes termos (f. 346/347):

> *"Indefiro a liminar, porque ausentes os requisitos dos arts. 1º e 3º da Lei nº 12.016/09.*
>
> *Justifico que deneguei a liminar porque, prima facie, os fundamentos da impetração são controvertidos, mostrando-se ausente o fumus boni juris. Com efeito, dos documentos apresentados inicialmente não se extrai, em cognição perfunctória, qualquer irregularidade no procedimento a cargo da autoridade impetrada a autorizar a medida pretendida. No mais, inviável a investigação acerca da alegada inexistência de fato típico disciplinar, porquanto a dilação probatória não é admitida nesta sede."*

Verifica-se que a decisão agravada acima transcrita encontra- se devidamente motivada e deu a correta solução à questão.

Com efeito, conforme já constatado quando do indeferimento da medida cautelar recursal postulada, não estão presentes os requisitos para concessão da pretendida tutela de urgência, pois não há elementos suficientes para se verificar, de plano, as apontadas irregularidades no procedimento administrativo que culminou com a aplicação da pena de suspensão por 30 (trinta) dias ao agravante. Pelo contrário, constata- se, nesta análise preliminar, que a pena aplicada se deu por meio de decisão fundamentada, proferida após instrução probatória em que houve respeito ao contraditório e à ampla defesa.

Ademais, como bem apontado pela decisão agravada, o artigo 169, §1º, do Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Santo André prevê a possibilidade de desconto em prestações mensais nos casos de indenização de prejuízo causado ao erário, o que não se confunde com a hipótese presente, em que os descontos serão efetuados em razão do cumprimento de pena de suspensão pelo prazo de 30 (trinta) dias, período em que não haverá a contraprestação do servidor.

Observa-se que o Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Santo André prevê, no artigo 188, parágrafo único, a possibilidade de conversão da pena de suspensão em multa, na base de 50% por dia de vencimento ou remuneração, desde que haja conveniência para o serviço e que o funcionário permaneça em serviço, o que já foi indeferido pela Administração quando da apreciação do pedido de diminuição da pena aplicada (f. 335).

Não há, contudo, qualquer previsão legal para que o desconto referente à aplicação da pena de suspensão seja efetuado de forma parcelada, tal como pretendido pelo agravante.

Diante disso, meu voto é no sentido de negar provimento ao recurso e manter a decisão agravada.

O caso, assim, é de negar provimento ao recurso interposto por **André Horácio Figueiredo de Lima** na ação impetrada contra ato do **Secretário Municipal de Santo André** (ref. proc. nº 1022405-73.2018.8.26.0554 2ª Vara da Fazenda Pública do Foro de Santo André, SP).

Consigne-se, para fins de eventual pré-questionamento, inexistir ofensa aos artigos de lei mencionados nas razões recursais.

Resultado do julgamento: negaram provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2181689-16.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes

DOLORES CARLOS, ODILA PAULO FERNANDES, ELIAS ROBERTO ASSAD, JOSE FERNANDES DA SILVA, ROQUE REIS DE OLIVEIRA, NEWTON MOURA, NILTON EDIE DE MATOS SAMPAIO, CARLOS HAMMERCHMIDT, JORGE FREDERICO MONTZEIN e MARILDA BARBOSA DE ALMEIDA SANTOS, é agravado 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 ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.706)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VERA ANGRISANI (Presidente sem voto), CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI e CARLOS VON ADAMEK.

São Paulo, 7 de novembro de 2018.

LUCIANA BRESCIANI, Relatora

Ementa: Agravo de Instrumento. Litisconsórcio ativo – Benefícios da Justiça Gratuita concedidos apenas a dois dos dez autores – Declaração de pobreza – Presunção relativa infirmada pelos documentos apresentados – Descabimento da aplicação do art. 87 do CPC neste momento processual. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão que, em ação de procedimento comum ajuizada por Dolores Carlos Tavares e outros e outros nove autores contra a São Paulo Previdência - SPPREV, deferiu os benefícios da justiça gratuita somente aos coautores Dolores Carlos e Marilda Barbosa dos Santos, ante análise dos rendimentos líquidos percebidos por cada servidor.

Em síntese, os agravantes argumentam que, ao contrário do entendido pela d. magistrada *a quo*, não possuem condições de arcar com as custas e despesas processuais sem prejuízo do sustento próprio e de suas famílias. Referem que basta a "*simples juntada da declaração de pobreza do interessado para que lhe seja deferido os benefícios da justiça gratuita*", nos termos do art. 4º da Lei Federal nº 1.060/50, citando jurisprudência favorável à tese ventilada. Subsidiariamente, pugna pela aplicação do disposto no art. 87 do CPC, com expressa menção à necessidade de distribuição proporcional de eventuais honorários advocatícios.

Acesso ao Sumário

Deferido o pedido de concessão da gratuidade processual apenas para o recebimento do agravo de instrumento, o recurso foi processado e não contrariado (fls. 62).

Não houve oposição ao julgamento virtual no prazo estabelecido pela Resolução nº 772/2017 do Órgão Especial.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Com efeito, está insculpido no inciso LXXIV, do artigo 5º da Constituição Federal, como direito e garantia fundamental do cidadão a *assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos*, a ser prestada pelo Estado.

Por outro lado, o § 3.º do artigo 99 do Código de Processo Civil de 2015, que contém disposição análoga àquela do artigo 4°, da Lei n° 1.060/50, revogado, estabelece que presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

As disposições do novo Código no tocante ao benefício da gratuidade, apesar das inovações trazidas, acabam prestigiando em grande parte o modelo anterior, fundado em mera declaração de insuficiência de recursos por parte da pessoa natural. Persiste, assim, a aparente contradição entre a norma constitucional, que exige do pretendente à gratuidade a comprovação da insuficiência de recursos, e a legislação de regência, que admite a mera afirmação da parte de não ter condições para pagar custas e despesas processuais.

Ante esse quadro, não se pode ter como superado o entendimento harmonizador procedido pelo Colendo Supremo Tribunal Federal na interpretação dos dispositivos da Lei 1.060/1950, que há muito havia pacificado a controvérsia:

A garantia do artigo 5°, LXXIV - assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos - não revogou a de assistência judiciária gratuita da Lei n° 1.060/50, aos necessitados, certo que, para obtenção desta, 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 CF, que deseja que seja facilitado o acesso de todos à Justiça (CF, artigo 5°, XXXV) (STF - 2ª Turma; RE n° 205.029-6- RS; Rel.: Min. Carlos Velloso; DJU 07.03.1997) (RJ 235/102).

A declaração de insuficiência de recursos, mantida nas disposições do novo Código, segue gerando presunção *iuris tantum* em favor do declarante, podendo o Magistrado averiguar acerca das reais condições financeiras das partes e decidir se a referida presunção merece ou não subsistir. Essa interpretação parece guardar relação de coerência com disposto no § 2.º do mesmo artigo

99 do Código de Processo Civil de 2015, que determina que *O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.*

No caso dos autos, à exceção das coautoras Dolores Carlos Tavares e Marilda Barbosa dos Santos, os outros litisconsortes ativos possuem rendimentos líquidos de, no mínimo, de cerca de R$5.000,00 reais (noto que os dois menores dos valores, de cerca de R$ 4.000,00, conforme fls. 51 e 52. ocorrem somente em razão de empréstimos consignados com parcelas mensais de R$1.084,41 e R$1.783,17, respectivamente), chegando inclusive a superar R$7.000,00 em alguns casos. Referidos patamares indiscutivelmente àqueles nos quais a presunção de hipossuficiência financeira é confirmada. Destarte, correta a decisão agravada, que deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Quanto ao pedido subsidiário, incabível dispor sobre evento futuro e incerto, pois, evidentemente, sequer sabe-se se os autores terão sucesso na demanda. A distribuição proporcional das despesas e honorários cabe unicamente à d. magistrada de origem no momento do sentenciamento do feito, como, aliás, demanda o próprio §1º do art. 87 do CPC ("***A sentença*** *deverá distribuir entre os litisconsortes, de forma expressa, a responsabilidade proporcional pelo pagamento das verbas previstas no caput*" – grifei).

Por estes fundamentos, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2055379-62.2018.8.26.0000, da Comarca de Presidente Prudente, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são agravados CONCESSIONÁRIA AUTO RAPOSO TAVARES S/A, ARTESP – AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE TRANSPORTE DO ESTADO DE SÃO PAULO, BC2 CONSTRUTORA LTDA - ME e CETESB - COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO.

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. Sustentou oralmente o Excelentíssimo Procurador de Justiça José Carlos de Freitas e o Dr. José Francisco Galindo Medina", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.453)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TORRES

Acesso ao Sumário

DE CARVALHO (Presidente sem voto), MARCELO BERTHE e OTAVIO ROCHA.

São Paulo, 4 de outubro de 2018.

NOGUEIRA DIEFENTHALER, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. 1. Recurso de agravo de instrumento interposto em face de decisão que indeferiu o pedido de tutela provisória de urgência em ação civil pública ambiental, visando, em resumo, à efetivação de medidas para o correto descarte de carcaças de animais mortos na rodovia.

2. Ausentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, autorizadores da antecipação de tutela, de rigor é o indeferimento da liminar. Ademais, a decisão atacada não se apresenta teratológica e nem desprovida de legalidade, pelo contrário, está devidamente fundamentada e pautada no princípio do livre convencimento motivado judicial. Decisão agravada mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público de São Paulo, nos autos da ação civil pública ambiental ajuizada contra a Concessionária Auto Raposo Tavares S/A – CART, a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo – ARTESP, BC2 Construtora Ltda. ME e a Companhia Ambiental do Estado de São Paulo – CETESB, em face da r. decisão por meio da qual o DD. Magistrado *a quo* indeferiu a tutela provisória de urgência, por entender não se acharem presentes os requisitos do art. 300, do CPC.

Sustenta, em síntese, haver claras evidências da gravidade dos danos ambientais já incidentes diretamente à fauna, à flora, aos recursos hídricos e ao solo, causados pelas agravadas CART e BC2, com aquiescência da ARTESP, destacando também a intensidade dos riscos a que se submetem inúmeros animais, pessoas e os mais variados recursos naturais, por serem todos atingidos pelos atropelamentos de animais na pista e pelo descarte indevido de animais mortos. Diz que os aterros apontados pelas requeridas não possuem os requisitos

Acesso ao Sumário

necessários ao enquadramento como aterro sanitário, tal como exigido pela CETESB em informação técnica, aduzindo que o descarte de carcaças de animais em cemitérios próprios e licenciados para tal fim configura a solução mais adequada do ponto de vista ambiental, uma vez que tais resíduos devem ser classificados como perigosos, exigindo uma destinação final específica. Requer a concessão de efeito suspensivo em sede de liminar e, a final, o provimento do recurso.

Foi indeferido o pedido liminar (fls. 188/189).

As agravadas apresentaram contraminutas entre as fls. 192/546.

A D. Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer (fls. 701/774) no sentido do provimento do recurso.

É o relatório. Passo ao voto.

O recurso, *v.g.* a meu sentir não admite provimento.

Por primeiro, destaque-se que o âmbito estrito do agravo de instrumento não comporta o conhecimento de outras questões deduzidas nos autos senão somente aquela referente à r. decisão atacada, de forma a impedir a *causa nullitatis* da supressão de instância, portanto, prestigia-se deste modo, o princípio do duplo grau de jurisdição[1].

O mérito recursal, por conseguinte, restringe-se ao espaço de cognição respeitante à concessão da liminar (requisitos autorizadores). Estas premissas introduzem os parâmetros que hão de dar suporte para que a decisão recorrida não mereça ser reformada.

De fato, conforme constatamos, não produziu a agravante argumentos ou elementos suficientemente consistentes e aptos para descoroçoar a r. intelecção que ao tempo da decisão foi construída pelo DD. Magistrado "*a quo*". Ora bem, reformas de decisões concessivas ou não de liminares em casos em que se entremostrem mediante plausíveis ilegalidades, vale dizer, como que sinal de concreto direito e de danos supervenientes, estão, *tutto somato*, cingidas ao dever de iterativa demonstração do fator causal dos eventos – o próprio *eventus damni* que por sua vez, requerem a instância de não apenas insinuarem-se, entretanto,

1 *Ademais, acerca da tese de ilegitimidade passiva ad causam ventilada pelas recorridas ARTESP e BC2 Construtora S/A, destaque- se que a legitimidade passiva é condição da ação perquirida no momento da formulação do pedido "in status assertionis", "i.e." à vista da narrativa exposta na exordial. Assim leciona José Carlos Barbosa Moreira (In Legitimação para agir. Indeferimento da Petição Inicial, "Termas de Direito Processual", Primeira Série. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 200), ressaltando que a aferição é efetuada "(...) com abstração das possibilidades que, no juízo de mérito, vão deparar-se ao julgador: a de proclamar existente ou a de declarar inexistente a 'res in iudicium deducta'; vale dizer, o órgão julgador, ao apreciá-las, considera tal relação jurídica 'in status assertionis', ou seja, à vista do que se afirmou, raciocinando ele, ao estabelecer a cognição, como que admita, por hipótese e em caráter provisório, a veracidade da narrativa, deixando para ocasião própria (o juízo de mérito) a respectiva apuração, ante os elementos de convicção ministrados pela atividade instrutória". Deste modo, pelo menos para efeitos da aferição da condição da ação segundo a perspectiva da teoria da asserção, mister a manutenção das agravadas no polo passivo da demanda, pois à vista das afirmações do agravante, torna-se possível afirmar sua pertinência subjetiva na presente ação.*

Acesso ao Sumário

antes identificarem-se. E, tudo há de vir a lume em forma dialógica, sob pena de, acaso olvidado referido conceito, advir cerceamento ao princípio processual (e constitucional) do livre convencimento judicial, que como sabemos, é regente das decisões constituídas no curso do processo. Caso contrário, haverá inoportuna invasão na esfera de cognição dos elementos do processo por parte do Juiz que apreciar a liminar.

No caso em exame, impõe-se a manutenção da decisão agravada, uma vez não configurada a fumaça do bom direito e o perigo de demora, elementos necessários para a concessão de tutela provisória de urgência.

Como já adiantado na decisão que indeferiu o efeito ativo, ao que consta a agravada BC2 vem cumprindo a determinação de remoção das carcaças de animais para aterro sanitário licenciado na região, conforme orientação da CETESB. O questionamento do agravante acerca da adequação do local de descarte se aterro sanitário ou não deva ser questão discernível ao longo e durante o curso regular do feito.

Não verifico, igualmente, o elemento do *periculum in mora* brandido pelo douto órgão agravante, de vez que tal requisito em essência consistiria, na precaução da eclosão de danos ao meio ambiente, no caso, decorrentes do descarte irregular de carcaças de animais, e isso, ao menos a princípio, não se tem por demonstrado, como já o dissemos.

No tocante às demais medidas requeridas, oportuno aguardar a finalização dos estudos técnicos que estão sendo realizados pela CETESB, pois como bem pontou o D. Prolator, "*um entendimento entre o autor da ação, o Ministério Público, e a CETESB, em muito ajudará no desfecho judicial, na precisa individualização das responsabilidades, com análise, claro, daquilo que se pode exigir, no aspecto legal e contratual, das outras partes do processo*.".

Portanto, correta a solução perfilhada na Instância *a quo* no sentido do indeferimento do pedido liminar.

Posto isso, voto no sentido do ***desprovimento*** do recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 3003094-75.2018.8.26.0000, da Comarca de Jales, em que é agravante ESTADO DE SÃO PAULO, é agravada ANDREZA GALANTE DOLCI (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão:

Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.027)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente) e JARBAS GOMES.

São Paulo, 1º de novembro de 2018.

AROLDO VIOTTI, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento. Ação ordinária movida por servidora estadual objetivando a manutenção de sua condição de readaptada. Tutela de urgência concedida. Medida que não se enquadra na vedação prevista no art. 1º da Lei 9.494/97. Hipótese em que o Estatuto dos Servidores Públicos do Estado prevê que "A readaptação não acarretará diminuição, nem aumento de vencimento ou remuneração e será feita mediante transferência" (art. 42). Além disso, prova dos autos a indicar a inexistência de óbice a que a autora permaneça por ora como readaptada. Recurso improvido.

VOTO

I. Agravo de Instrumento interposto pelo ESTADO DE SÃO PAULO contra R. decisão do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Jales, que, ao apreciar a petição inicial de ação de rito Ordinário movida contra o ora agravante por ANDREZA GALANTE DOLCI (processo nº 1005546-74.2018.8.26.0297), deferiu tutela de urgência, para "*manter a autora readaptada no exercício das atividades constantes no Rol de Atribuição/Atividades de PEB II, fixada pela CAAS, na EE ADELINO BERTANI, Município de Mesópolis-SP, bem como que seja mantido o pagamento dos seus vencimentos de acordo com a readaptação concedida em 18-09-2012, ou seja, 200 horas-aulas mensais.*" (fls. 119 dos autos originais).

Nas razões, alega em síntese que: a) *"tendo o DPME se posicionado em sentido desfavorável à mantença da readaptação, não há que se falar em ilegalidade do ato administrativo passível de revisão pelo Judiciário."* (textual – fls. 05); b) nos termos do Decreto nº 29.180/88, é atribuição exclusiva do Departamento de Perícias Médicas do Estado – DPME a decisão final a respeito de concessão de licenças e readaptações; c) deve prevalecer o interesse público sobre o particular. Pede a concessão de efeito suspensivo e o final provimento do agravo, para ser revogada a tutela de urgência, com determinação para que a ora agravada retorne imediatamente "*ao exercício das funções do cargo de*

Acesso ao Sumário

Professora de Educação Física." (fls. 12). Este, em síntese, o relatório.

II. Não é de ser acolhido o recurso.

Consta dos autos de origem e do instrumento que a autora-agravada ingressou no magistério estadual no ano de 2005 (Professora de Educação Básica II), admitida nos termos da Lei Estadual nº 500/74 (fls. 26 destes autos), tendo sido readaptada em 18.09.2012 (fls. 34 – origem). Após passar por perícia médica, realizada no ano em curso, foi cassada a readaptação com determinação de retorno ao exercício das funções de magistério, motivo da presente ação.

O MM Juiz deferiu a tutela de urgência, nos termos seguintes (fls. 119 origem):

> ***"Vistos.***
>
> ***Concedo à autora os benefícios da assistência judiciária.***
>
> ***Tem-se que a autora, em razão de doença psiquiátrica, que tem ensejado tratamento contínuo e sucessivos afastamentos, encontra-se readaptada desde 2012, exercendo sua função no município de Mesópolis desde 2014.***
>
> ***Assim, porque presentes os requisitos legais, defiro o pedido de tutela para manter a autora readaptada no exercício das atividades constantes no Rol de Atribuição/Atividades de PEB II, fixada pela CAAS, na EE ADELINO BERTANI, Município de Mesópolis-SP, bem como que seja mantido o pagamento dos seus vencimentos de acordo com a readaptação concedida em 18-09-2012, ou seja, 200 horas-aulas mensais. Oficie-se.***
>
> ***No mais, diante das especificidades da presente hipótese, a análise da conveniência de audiência de conciliação far-se-á oportunamente.***
>
> ***Assim, cite-se e intime-se a ré para contestar o feito no prazo de 30 dias úteis, sob pena de serem presumidos como verdadeiros os fatos articulados na inicial.***
>
> ***Por fim, desde já, porque imprescindível a prova pericial, determino a expedição de ofício ao IMESC solicitando designação de data para realização dos exames na autora.***
>
> ***Faculto às partes a indicação de assistentes técnicos e a formulação de quesitos, no prazo de 15 (quinze) dias.***
>
> ***Intime-se."*** (fls. 119 – origem)

Por primeiro, cumpre consignar que não se cuida de hipótese de vedação legal de medida cautelar ou de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. A legislação federal que prevê vedação de liminares ou medidas de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública (artigo 1º da Lei federal 9.494/97) não tem aplicação a situação como a dos autos, em que não se cuida de determinar o

Acesso ao Sumário

pagamento de vantagem nova ou conceder aumento ou acréscimo de vencimento, mas tão somente de restaurar o "status quo ante", mantendo a autora na condição de readaptada.

Ademais, o Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo veda, nas hipóteses de readaptação do servidor, a redução ou o aumento de vencimento ou remuneração ***("Art. 42. A readaptação não acarretará diminuição, nem aumento de vencimento ou remuneração e será feita mediante transferência.").***

Quanto ao mais, a documentação acostada aos autos de origem demonstra os fatos relatados na inaugural no sentido de ser a autora-agravada portadora de "depressão crônica e síndrome do pânico" (fls. 07), estando em tratamento com médico especialista há muitos anos, o que ensejou o gozo de inúmeras licenças para tratamento de saúde.

Segundo consta, em março do ano em curso, submeteu-se a perícia médica que se realizou no "IAMSPE de São José do Rio Preto – Clínica Incolce-Instituto de Coluna", que concluiu pela estabilização do quadro psiquiátrico da agravada. Referido laudo foi avalizado pelo Departamento de Perícias Médicas do Estado – DPME (fls. 26/31 destes autos), motivo da cessação da readaptação (fls. 38 – origem) e do retorno às funções do magistério.

Não há evidência de que se mostre desacertada a solução de primeira instância, enfatizando-se que se está em sede de cognição inaugural e provisória, voltada unicamente ao pretendido deferimento de tutela de urgência, com apoio no artigo 300 do Código de Processo Civil. Conquanto mereça em princípio prevalência, até comprovação em sentido oposto, a conclusão do DPME, no cumprimento de sua precípua finalidade, o caso dos autos guarda peculiaridades que justificam seja mantida a solução monocrática. A principal delas consiste no fato de que a autora encontra-se readaptada já há longos anos. Demais disso, não se perde de vista que não foi o próprio DPME que neste caso periciou a autora.

Assim, preferível se afigura manter a situação existente, certo que a autora se submeterá a perícia judicial a ser realizada pelo Instituto de Medicina Social e Criminologia de São Paulo – IMESC, consoante determinado na r. decisão agravada.

III. Por todo o 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 Agravo de Instrumento nº 2159028-43.2018.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que é agravante ROSANA APARECIDA MONTEIRO ESCUDEIRO (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U." de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.602)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores J. M. RIBEIRO DE PAULA (Presidente) e OSVALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 27 de novembro de 2018.

SOUZA NERY, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE CONCESSÃO DE BOLSA ALUGUEL A AUTORA. Autora que, em que pese apresentar problemas de saúde, não comprovou que vive em condições insalubres ou área de risco. Auxílio aluguel que deve ser negado por ora. Decisão mantida.
RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por *ROSANA APARECIDA MONTEIRO ESCUDEIRO* contra decisão que indeferiu pedido de antecipação de tutela que buscava o recebimento de aluguel social ou que o requerido forneça moradia à autora.[1] Alega a autora que mora em local que não está adaptado às suas necessidades, pois realizou cirurgia cardíaca estando impossibilitada de fazer atividade que exija esforço e seu filho é portador de deficiência física.

O recurso foi processado sem efeito ativo pleiteado.[2]

Sobreveio a contraminuta.[3]

A Douta Procuradoria Geral de Justiça deixou de se manifestar.[4]

É O RELATÓRIO.

1 Fls. 10-11, de lavra da MMa. Juíza Dra. ROBERTA HALLAGE GONDIM TEIXEIRA.
2 Fls. 14-15.
3 Fls. 124-127.
4 Fls. 28.

Acesso ao Sumário

O recurso não comporta provimento.

A agravante que mora com sua família (marido e filho) na residência de sua mãe, localizada no terceiro andar de edifício da CDHU, alega que o local em que vivem não é adaptado a ela nem a seu filho que possui deficiência física, em razão das escadas. Requer liminarmente que o requerido forneça moradia adequada ou o pagamento de aluguel social, pois a autora e seu marido estão desempregados não possuindo recursos financeiros para morar em outro local.

Em que pesem as alegações da ora agravante, o sabido déficit social de moradias populares e as condições insalubres que muitas famílias vivem, a liminar para concessão do bolsa aluguel/moradia não é de ser concedida.

Para ser incluída nos programas de auxílio aluguel ou bolsa aluguel, de mister que a pessoa atenda os requisitos próprios estabelecidos pelos programas sociais. No caso dos autos, a princípio, não foi demonstrado que a agravante preencha os requisitos necessários.

Ainda que comprovada a fragilidade da saúde da agravante e de seu filho, não restou evidenciado que a mesma resida em local insalubre ou área de risco. É certo que a autora possui uma moradia não estando, a princípio, exposta ao tempo e a condições adversas.

No estrito âmbito da análise da concessão da moradia ou bolsa aluguel em caráter provisório, que é o objeto da tutela antecipada ora impugnada, cabe averiguar, tão somente, estarem presentes a verossimilhança das alegações e o *periculum in mora*. O que a princípio não foi verificado.

Observe-se que a concessão da benesse pode se dar tão logo se comprove as condições de risco da moradia.

Assim, a r. decisão é de ser mantida.

Pelos motivos expendidos, proponho que seja NEGADO provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2032219-08.2018.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante MEMORIAL PARQUE JARDIM DOS GIRASSOIS LTDA., é agravado SECRETÁRIO DA SECRETARIA DA FAZENDA DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO - SP.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto**

nº 10.531)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente sem voto), GERALDO XAVIER e JOÃO ALBERTO PEZARINI.

São Paulo, 25 de outubro de 2018.

MÔNICA SERRANO, Relatora

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – Liminar indeferida pelo juízo *a quo* – Ausentes os requisitos do artigo 7º da Lei 12.016/2009 – Requerimento de liminar para que a Municipalidade se abstenha de cobrar ISS sobre cessão de uso de jazigos para sepultamento – Recurso DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento contra a r. decisão que negou a liminar requerida pelo agravante em sede de mandado de segurança, posto que ausente o *fumus boni juris.*

Recorre de tal decisão o contribuinte, a fim de ver a liminar totalmente deferida, alegando ter direito liquido e certo a não ser tributado pelo serviço de cessão de direito de uso de espaços em cemitério porque inconstitucional tal atividade prevista na LC 106/03, bem como na LC Municipal 2.832/17.

Contraminuta às fls.68/71, a qual somente reproduziu a decisão atacada.

É o relatório.

Conheço do recurso na medida em que presentes os requisitos de admissibilidade. No mérito, não comporta provimento.

Por primeiro, importante esclarecer ao Procurador Municipal que o presente recurso é tempestivo e foi protocolado no prazo corretamente.

Acesso ao Sumário

Cuida-se de Mandado de Segurança preventivo interposto haja vista o vislumbre de ato arbitrário praticado pelo Secretário da Fazenda Municipal porque há iminência de cobrança de ISS por atividade descrita como *cessão de uso de espaços em cemitérios para sepultamento* (item 25.05 da lista anexa).

Explica o impetrante que a atividade não se trata de serviço e assim inconstitucional sua cobrança. Discorre acerca da súmula vinculante 31, bem como da natureza da atividade tributada, assemelhando-se à locação de uso de bem imóvel e não de um serviço propriamente dito. Afirma que serviço é a manutenção feita e oferecida pelo cemitério aos usuários, mediante remuneração mensal, conforme item 4 do contrato apresentado. Alega que há

clara diferenciação entre cessão de uso de jazigo e o serviço de manutenção, bem como cristalina diferenciação dos preços cobrados dos usuários. Traz, ainda, ensinamentos de diversos juristas apontando a conceituação de prestação de serviços e que esta estaria dissociada da cessão de uso de jazigos. Por fim, pugna pela liminar pois se vê na iminência de ser cobrado por tributo nitidamente inconstitucional.

No que se refere às liminares em sede de mandado de segurança, ensinam Vidal Serrano Nunes Junior e Marcelo Sciorilli[1]:

São dois, portanto, os pressupostos para a concessão da tutela de urgência: a) relevância do fundamento, que diz com a plausibilidade do direito postulado (fumus boni iuris); *b) – risco de ineficácia da medida se concedida apenas ao final do processo* (periculum in mora).

Presentes os dois requisitos, inexiste discricionariedade ao juiz para conceder ou negar a liminar. A decisão, aqui, é vinculada: se presentes os requisitos, o deferimento da liminar é imperativo; se ausentes, o único desfecho possível é a negativa da tutela de urgência. Cabe ao julgador, pois, interpretar fatos e argumentos jurídicos trazidos a juízo para, a partir daí, formado o seu livre convencimento, concluir pela relevância do fundamento e pela presença do periculum in mora.

O que se conclui é pela ausência dos requisitos legais. O *periculum in mora* poderia se consubstanciar na iminência de cobrança de imposto inconstitucional e, portanto, indevido. Contudo, o que não se vê é a clara inconstitucionalidade do ISS sobre serviço descrito pelo impetrante.

Ao contrário do que alega o agravante, não se mostra clara e cristalina a cobrança indevida do imposto. Aliás, se assim fosse, o E.STF teria deferido liminar em sede de ADI interposta, inclusive, pelo escritório de advocacia subscritor deste recurso de agravo de instrumento. Ao contrário, aguarda-se a manifestação das partes e autoridades pertinentes (ADI 5869, último andamento em 21/05/2018).

Mesmo que assim não fosse, esta Relatora também concorda com magistrado *a quo* no sentido de que não se dissocia a prestação de serviços de manutenção da cessão de uso de jazigos.

São explicações encontradas no contrato de cessão do direito de uso de jazigo como sendo a tarifa de manutenção aquela contraprestação referente aos serviços de *segurança, paisagismo* e *tributos* (cláusula sétima - capítulo VI - Da Tarifa de Administração/Manutenção).

Ao que se pode verificar no contrato trazido pelo agravante (fls.45), a cláusula nona, décima e décima segunda (inseridas no item VII) afirmam claramente que a falta de adimplemento monetário em relação às taxas de

1 *Mandado de Segurança*. 2ª edição. Verbatim.

administração e manutenção implicam a suspensão dos direitos de utilização do jazigo e até mesmo rescisão do contrato de cessão de uso, reservando-se ao cemitério ceder o uso a outra pessoa diferente do inadimplente, fazendo, inclusive, a remoção do corpo que lá esteja sepultado.

Ora, o atrelamento dos dois serviços é claro. Se a inadimplência do serviço de manutenção de paisagismo e segurança pode gerar a expulsão de corpo sepultado em jazigo cedido à usuário, cristalino esta que os dois serviços estão intimamente ligados.

Ou bem estão dissociados, e um não leva a rescisão do outro, ou bem estão associados intimamente, como se vê no disposto no contrato apresentado pelo próprio impetrante.

Portanto, nitidamente prematuro dizer que inconstitucional tal tributo questionado pelo impetrante, de forma que descabida concessão de liminar já que ausente o *fumus boni juris*.

Aliás, bom lembrar que o artigo 7º, da Lei 12.016/2009 coloca como requisito para suspensão do ato ensejador da ação mandamental "quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar em ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida (...) " o que claramente não se constata no caso dos autos. A cobrança de eventual ISS sobre serviço previsto na lista anexa à LC 116/03 não claramente inconstitucional, não nos leva à conclusão de ineficácia final da medida, mesmo porque se pago indevidamente, poderá ser o contribuinte ressarcido.

Isto posto, NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso, mantida a decisão atacada.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2015648-59.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante GEOVANA SOUZA BARBOSA GOMES, são agravados DIRETORA DA EE PROF. PEDRO DE ALCANTARA MARCONDES MACHADO e 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 27.150)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores J. M. RIBEIRO DE PAULA (Presidente), EDSON FERREIRA e SOUZA MEIRELLES.

São Paulo, 6 de novembro de 2018.
J. M. RIBEIRO DE PAULA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Mandado de segurança – Pretensão de liminar para prorrogar licença-maternidade por mais 60 dias, totalizando 180 dias – Admissibilidade – Pelo princípio da isonomia, o Estado não pode tratar com desigualdade suas servidoras – Decisão reformada – Recurso de agravo provido.

VOTO

Agravo de instrumento tirado de r. decisão, [1] proferida nos autos do mandado de segurança, [2] que indeferiu liminar para prorrogar a licença-maternidade concedida à agravante por 120 dias por mais 60 dias, totalizando 180 dias.

Sustenta que é professora de educação básica II – PEB II, contratada nos termos da Lei 1.093/09, vinculada ao Regime Geral de Pre-vidência Social – RGPS; deve ser aplicada às servidoras temporárias o art. 198 da Lei 10.261/68, que prevê licença-maternidade de 180 dias para as servidoras públicas estaduais; o art. 10 da Lei 1.093 estabelece que os servidores temporários têm os mesmos deveres, proibições e responsabilidades previstos pela Lei 10.261. Pleiteia a antecipação da tutela recursal, para que seja concedida a liminar negada em primeira instância.

Recurso recebido com antecipação da tutela recursal; informações dispensadas, com resposta da FESP. [3]

Fundamentação

Cumpre salientar que no presente recurso cabe apenas e tão somente a análise dos requisitos da medida liminar, estando vedado, em sede de agravo de instrumento, adentrar no mérito da ação principal.

A r. decisão agravada assim dispôs:

"Vistos.

1. A análise da inicial e dos documentos que a acompanharam não permitem, de plano, denotar violação a direito da impetrante, mormente porque, ao que consta dos autos, a impetrante é professora admitida nos termos da Lei Estadual nº 1.093/09, que estabelece a submissão ao Regime Geral da Previdência. E assim, como esse regime prevê o direito a licença gestante pelo prazo de 120 dias, ao menos nessa fase

1 Autos principais, fls. 22/23.
2 Feito nº 1001568-45.2018.8.26.0053.
3 Despacho, fls. 11/12; contraminuta, fls. 31/49.

de cognição, não vislumbro a presença do *fumus boni juris* necessário à concessão da liminar.

Ademais, tampouco há que se falar em ineficácia da medida pleiteada, caso mantido o ato impugnado (artigo 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/09), mormente diante da celeridade do rito do "*mandamus*".

Desse modo, hei por bem **indeferir**, por ora, a liminar pleiteada, aguardando-se os esclarecimentos a serem prestados pela autoridade coatora."

Pese a bem fundamentada decisão denegatória da liminar, concedo-a nesta sede recursal.

Sem embargo de melhor e maior aprofundamento da questão em foco por ocasião da sentença, vislumbra-se o *fumus boni iuris*, embora o art. 198 do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo (Lei 10.261/68) seja aplicável apenas às gestantes titulares de cargo efetivo, vinculadas ao regime próprio de previdência social – RPPS, pode ser estendido às contratadas por tempo determinado, vinculadas ao RGPS, porque deve prevalecer o princípio da isonomia, o Estado não pode tratar com desigualdade suas servidoras.

Ademais, a concessão da liminar não traz prejuízo à FESP, que poderá determinar reposição futura em caso de denegação da ordem.

Ante o exposto, concede-se a liminar negada em primeiro grau, para prorrogar a licença-maternidade da agravante por mais 60 (sessenta) dias, de modo a totalizar os 180 (cento e oitenta) dias, nos termos do art. 198 da Lei 10.261/68. É como voto.

RECURSO DE AGRAVO PROVIDO.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2205523-48.2018.8.26.0000 , da Comarca de São Paulo, em que são agravantes KATIA CRISTINA DE ALMEIDA VALIENGO, JUSSARA MARTINS SILVEIRA RAMIRES, JUSSARA MENDONÇA PEREIRA DA SILVA, KAATHLEEN GOMES DOS SANTOS, KAREN MARTINS DE ANDRADE, KATIA BUENO ROMANELLI, KATIA CRISTINA CAIANI CARRATURI EIGENHEER, JUSSARA LOPES DOS SANTOS, KATIA ELISABETE RUIZ, KATIA GOMEZ LOPES, KATIA MARIA VERGNE VICENTE, KATIA REGINA CAVALCANTI, KATIA REGINA VINHAS DE MORAIS, KATYA MEJORADO GONZAGA COTTA, JOSELMA FERREIRA DA SILVA, JULIANA AUGUSTA PENNA, JOSEMIR PEDRO DE SOUZA, JOSETE GOMES DE ARAÚJO OCTAVIANO, JOVITA MARIA DOS REIS

ADAO, JUDITE MARTINS RIBEIRO DE SOUZA, JULIA VIANA VARELA, JULIANA APARECIDA DA COSTA BORGES, JUSSARA DE ABREU CAROLINO, JULIANA LOPES DA COSTA PEIXOTO, JULIANA MUNIZ MOREIRA, JULIETA ROSA ROMANO DE ARAÚJO, JUNKO SASSAKI JACINTHO, JURACI CARNEIRO DOS SANTOS e JUREMA PIRES DE TOLEDO NOGUEIRA, são agravados INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO - IPREM e PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.016)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 3 de dezembro de 2018.

MARCELO MARTINS BERTHE, Relator

Ementa: RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CÁLCULO DE LIQUIDAÇÃO. Demonstrativo discriminado do crédito que compete aos exequentes, pois se trata de diferenças salariais. Questão que não extrapola mero cálculo aritmético. Inteligência do disposto no art. 534 do Novo Código de Processo Civil. Decisão mantida. Recurso desprovido

VOTO

Tratam os autos de recurso de agravo de instrumento em face da decisão de fl. 14 extraído da Ação de Procedimento Comum em fase de cumprimento de sentença nº 0002060-45.2004.8.26.0053, proferida pelo **MM. Juiz da 3ª da Fazenda Pública da Comarca de Capital**, que determinou a apresentação de planilha para verificação dos valores devidos.

Os particulares interpuseram recurso sustentando, em síntese, que a planilha de cálculos deve ser apresentada pelo executado.

O efeito suspensivo foi indeferido (fls.121/122).

Não foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Os particulares propuseram Ação de Procedimento Comum cujo objetivo era o reconhecimento da conversão em URV, ocasião em que sagrou-se vencedora na demanda e, em fase de cumprimento de sentença, foi intimada a apresentar a planilha dos valores que entende devido.

Neste passo, não se trata de questão que extrapola mero cálculo aritmético, a ensejar a necessidade de especialista.

A procedência do pedido tão somente determinou a conversão em URV, de modo que iniciado o cumprimento de sentença, competia aos exequentes apresentarem o demonstrativo discriminado do crédito referente às diferenças.

Dispõe o artigo 534 do Novo Código de Processo Civil:

> Art. 534. No cumprimento de sentença que impuser à Fazenda Pública o dever de pagar quantia certa, o exequente apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito contendo:

Por fim, ressalte-se que os argumentos sustentados no sentido dos agravantes não terem condições técnicas para cumprir a determinação, não se mostra razoável, tendo em vista que a parte está regularmente representada por advogado e os cálculos demandam apenas a verificação da diferença.

Por tais razões, a r. decisão não comporta reparo, devendo ser integralmente mantida.

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 nº 1001509-72.2018.8.26.0242, onde há prevenção desta relatoria, ficam as partes intimadas e cientificadas, a partir da publicação desta decisão, que devem manifestar expressamente, na petição de interposição ou razões recursais, se se opõem à forma de julgamento virtual, nos termos da Resolução 549/11 do Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, alertando que no silêncio o julgamento do recurso na forma virtual ou física ficará a critério do relator.

Acesso ao Sumário

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2070295-04.2018.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MOVIDA LOCAÇÃO DE VEÍCULOS S/A, são agravados MARCELO GUIMARAES CONDE e DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO - DETRAN.

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 agravo de instrumento, prejudicado o agravo interno. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.849)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente) e MAGALHÃES COELHO.

São Paulo, 8 de novembro de 2018.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. Ausentes os requisitos autorizadores da medida, surge correto o indeferimento da tutela de urgência para determinar a reintegração de posse e a suspensão de transferência do veículo. Presunção de veracidade e legitimidade do ato administrativo. Matéria que requer dilação probatória. Agravo de instrumento improvido, prejudicado o agravo interno.

VOTO

Movida Locação de Veículos S/A deduziu agravo de instrumento contra r. ato decisório que indeferiu o pedido de tutela provisória (fls. 76).

Esclarece que atua no ramo de locação de veículos automotores e vem sofrendo inúmeras fraudes. Alega que o automóvel locado para Diego Porto Procópio, mediante contrato, não foi devolvido. Afirma que os fatos foram registrados mediante boletim de ocorrência, ocasião em que teve conhecimento de que o veículo havia sido transferido para terceira pessoa. Assevera que o Certificado de Registro Veicular, em branco, comprova que não houve transferência do veículo e que a agravante é a única proprietária do bem. Diz

Acesso ao Sumário

que o terceiro de boa-fé tem a obrigação de restituir o veículo, devendo ser ressarcido por quem lhe vendeu o veículo. Salienta que o *periculum in mora* consubstancia-se pela depreciação do veículo em mãos de terceiros, ao passo que o *fumus boni iuris* baseia-se no fato da não devolução do veículo ao real proprietário e da nulidade do negócio jurídico quando não se revestir da forma prescrita em lei. Afirma que não há perigo de irreversibilidade da decisão. Cita doutrina e jurisprudência favoráveis. Daí, pretender a reforma da r. decisão (fls. 1/18).

Indeferiu-se o pedido de antecipação de tutela (fls. 106).

O agravado apresentou contraminuta (fls. 117/120).

A recorrente apresentou agravo interno (fls. 1/24 do incidente).

É o relatório.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão que indeferiu o pedido de antecipação da tutela para o fim de determinar "a imediata expedição do mandado de reintegração de posse do veículo VW/NOVO GOL TRENDLINE 1.6 TOTAL FLEX 8V 5P - ANO 2016/2017 - PLACA PYO2092 - RENAVAM 01101200674 - CHASSI 9BWAB45U9HP060188, expedindo-se mandado de reintegração de posse para o endereço do segundo agravado no endereço indicado no preâmbulo; b) Determinar que o Departamento Estadual de Trânsito do Estado de São Paulo - DETRAN/SP apresente cópia do procedimento de transferência de propriedade realizado sob sua chancela e autoridade no prazo de 05 (cinco) dias e sob pena de multa de R$ 1.000,00 (mil reais); c) Determinar que o Departamento Estadual de Trânsito do Estado de São Paulo- DETRAN/SP suspenda imediatamente os efeitos do ato administrativo de transferência relativos ao veículo em questão, de modo a restabelecer a propriedade da Agravante e coibir prejuízos de terceiros" (fls. 17/18).

A discussão, neste passo, restringe-se ao cabimento ou não da antecipação da tutela de urgência. As questões concernentes ao mérito não podem ser apreciadas sob pena de suprimir grau de jurisdição.

Prevê a norma processual que "a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo" (art. 300, caput, do novo Cód. de Proc. Civil).

Assim, para a concessão da tutela provisória de urgência, na forma prevista no Código de Processo Civil, exige-se a demonstração do fundado receio do dano ou o comprometimento da utilidade do resultado final do processo, bem como a plausibilidade do direito invocado.

O perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, descrito na norma, passível de ser assegurado pela antecipação da tutela, é o risco concreto e atual, capaz de impossibilitar a utilidade prática da futura sentença, comprometendo

ou prejudicando, de forma potencial, o próprio direito invocado pela parte.

De outra parte, a probabilidade do direito ocorre quando "a afirmação verossímil versa fato com aparência de verdadeiro. Resulta do exame da matéria fática, cuja veracidade mostra-se provável ao julgador. O juízo de verossimilhança sobre a existência do direito do autor tem como parâmetro legal a prova inequívoca dos fatos que o fundamentam. (...) Seria necessário, aqui, não apenas versão verossímil dos fatos, mas também a existência de prova apta a revelar o elevado grau de probabilidade da versão apresentada pelo autor" (José Roberto dos Santos Bedaque, Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência – tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 316).

Deve ser observado que "os pressupostos da tutela antecipada são concorrentes, a ausência de um deles inviabiliza a pretensão do autor (STJ – 2ª t., Resp 265.528, Min. Peçanha Martins, j. 17.06.03, DJU 25.08.03" (Theotonio Negrão, José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli e João Francisco N. da Fonseca, Novo Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 47ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, art. 300, nota 7, p. 366).

No caso, considerando a controvérsia da questão na qual envolve possível adquirente de boa-fé, bem como na impossibilidade de se verificar, em análise perfunctória, qualquer vício no ato administrativo que procedeu a transferência do veículo, as alegações e os documentos trazidos aos autos não são suficientes para convencer esta Relatoria da verossimilhança do direito alegado.

Tratando-se de matéria que demanda dilação probatória, de fato, deve- se aguardar a instrução do processo.

Consigne-se que já foi determinada a apresentação de documentos de transferência envolvendo o veículo em questão pelo Detran (fls. 295 dos autos principais).

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

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0016019-29.2010.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado BASF S.A., é apelado/apelante ESTADO DE SÃO PAULO.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial aos recursos, da autora e da Fazenda, nos termos que constarão do acórdão. V.U. (Sustentou oralmente a Dra. Livia Heringer Suzana)", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 414)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS VILLEN (Presidente), ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ e TORRES DE CARVALHO.

São Paulo, 1º de outubro de 2018.

ANTONIO CARLOS VILLEN, Relator

Ementa: ICMS. Ação anulatória. Auto de infração e imposição de multa. Infrações quanto ao crédito do imposto. Não incidência do imposto na transferência de mercadorias entre estabelecimentos. Multa indevida. Impossibilidade de aplicação de nova penalidade em juízo. Inadmissibilidade de créditos resultantes de aquisições de bens do ativo imobilizado empregados em fim alheio à atividade do estabelecimento, e da aquisição de mercadorias destinadas ao seu uso ou consumo. Inteligência dos arts. 20, §1º, e 33, I, da Lei Complementar nº 87/96. Juros de mora. Lei Estadual 13.918/09. Cálculo que deve observar o decidido pelo C. Órgão Especial na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0170909-61.2012.216.0000. Multa. Abusividade não configurada. Percentual que não excede o valor do tributo. Inexistência de confisco. Jurisprudência do STF. Sentença de parcial procedência. Recursos da autora e da Fazenda do Estado providos em parte, majorados os honorários advocatícios.

Acesso ao Sumário

VOTO

A r. sentença julgou procedente em parte ação ajuizada em face da Fazenda do Estado para desconstituir parte do crédito de ICMS correspondente ao auto de infração e imposição de multa de nºs sequenciais 2.046.863-5/864-7/865-9/866-0/867-2/868-7/869-6/870-2 e 2.051.271-5/272-7 (fls. 1.445/1.449).

As partes apelaram.

A autora (fls. 1.478/1.526) alega que, afastada a cobrança do ICMS na transferência de mercadorias entre estabelecimentos, a multa também deve ser anulada (item II.4 do auto de infração). Alega que, ao substituir a multa aplicada

por outra, a sentença violou os arts. 142 e 146 do CTN. Quanto aos itens III.8, IV.11 e V.16, sustenta que a perícia confirmou que as estruturas metálicas, luminárias, painéis de distribuição de força, corrimãos, grades galvanizadas, calhas em chapa possuem vida útil longa (10 a 25 anos de durabilidade), enquadrando-se no conceito de ativo permanente do IBRACON. Assevera que a sentença equivocou-se ao concluir que as estruturas metálicas e materiais para construção de galpão não conferem direito ao crédito do imposto, por se tratar de bem imóvel. Quanto às peças sobressalentes para sistema de transporte pneumático (item V.12), aduz que a perícia comprovou que se trata de materiais intermediários, que sofrem desgaste no emprego direto no processo produtivo, insumos portanto, cuja aquisição que dá direito a crédito. No tocante à exigência de ICMS em razão do creditamento antecipado de mercadorias importadas (itens III.7 e IV. 10), sustenta que a compensação de crédito se deu no limite do valor do imposto pago na importação, de rigor afastar também essa exigência. Discorre sobre o caráter confiscatório da multa aplicada, equivalente a 100% do valor do imposto exigido. Alega que os juros de mora devem incidir apenas a partir da constituição definitiva do crédito tributário, que se dá com o trânsito em julgado da decisão administrativa que mantém o ato de lançamento. Argumenta com a inconstitucionalidade dos juros de mora calculados em patamar acima da taxa SELIC. Pede o provimento do recurso para que sejam julgados integralmente procedentes os pedidos iniciais.

A Fazenda do Estado (fls. 1.535/1.555) alega, quanto ao item II.4, que a autora não demonstrou quais mercadorias foram remetidas à filial, o que impediu se verificasse a legitimidade da operação, e tampouco anexou o competente romaneio às notas fiscais. Aduz que a atuação deve ser mantida integralmente, inclusive a cobrança do imposto. Quanto aos créditos de ICMS correspondente aos itens III.8, IV.11 e V.16 do auto de infração, sustenta que as mercadorias foram aplicadas em atividades alheias às da autora, o que impede a apropriação de créditos. Quanto às peças sobressalentes para sistema de transporte pneumático (item V.12), sustenta que a perícia confirmou que as mercadorias não foram empregadas no processo produtivo, nem na comercialização, do que se conclui que foram destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, vedada, portanto, a apropriação de créditos. No tocante aos itens III.7 e IV. 10, sustenta que ficou comprovado nos autos que a autora se aproveitou de créditos de bens importados no mês anterior ao recolhimento do imposto por GARE e em valor superior ao recolhido. Sustenta a legalidade das multas impostas e a regularidade dos juros de mora. Pede provimento do recurso para que sejam julgados improcedentes os pedidos iniciais.

Acesso ao Sumário

Recursos tempestivos e respondidos (fls. 1.559/1.599 e 1.614/1.626).

É O RELATÓRIO.

A autora ajuizou ação para desconstituir parcialmente o auto de infração e

imposição de multa numerado sequencialmente 2.046.863-5/864-7/865-9/866-0/867-2/868-7/869-6/870-2 e 2.051.271-5/272-7. Ela questiona os seguintes itens do auto de infração: II.4 – cobrança de ICMS e imposição de multa por transferência de mercadorias para estabelecimento filial, sem destaque do imposto; III.7 e IV.10 – aproveitamento antecipado de crédito de ICMS sobre bens importados, pago por GARE apenas no mês posterior, e em valor maior do que o de imposto; III.8, IV.11 e V.16 aproveitamento de crédito de ICMS referente a mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento e aplicadas em atividades alheias à atividade principal; e V.12 aproveitamento de crédito de ICMS referente a peças sobressalentes para sistema de transporte pneumático, destinados ao uso e consumo do estabelecimento.

A sentença julgou procedentes em parte os pedidos, para: (i) afastar a cobrança do ICMS nas transferências para estabelecimento filial, e substituir a multa por falta de pagamento do imposto (art. 527, *I*, c, do RICMS) pela penalidade cominada à emissão de documento fiscal com inobservância de requisito regulamentar (art. 527, IV, *h*, do RICMS), pois as notas fiscais estavam desacompanhadas do competente romaneio; (ii) manter a cobrança apenas da diferença de créditos de ICMS compensados antecipadamente em valor maior do que o imposto recolhido, reduzida a multa proporcionalmente a tais valores; (iii) afastar a autuação quanto aos créditos compensados referentes às mercadorias integradas ao ativo imobilizado relógios de ponto, impressoras, móveis, luminárias, telhas, equipamentos de informática, contra incêndio etc. –, com exceção das estruturas metálicas e materiais de construção. No mais, foi mantido o auto de infração e imposição de multa questionado.

A sentença merece parcial reforma.

Quanto ao item II.4 do auto de infração, sem razão a Fazenda. É pacífico o entendimento de que não incide ICMS nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa (recurso repetitivo no REsp 1125133/SP e Súmula 166). Era mesmo de rigor afastar a exigência do imposto. Ainda quanto a esse item, tem razão a autora no tocante à impossibilidade de aplicação, em juízo, de penalidade diversa daquela imposta pela fiscalização. Constatado que a multa aplicada não pode subsistir, pois não ocorreu a infração que lhe daria azo, não cabe ao judiciário a imposição de outra penalidade que entenda cabível, sob pena de usurpação de função administrativa tributária e afronta ao art. 142 do CTN.

Acesso ao Sumário

Quanto à compensação antecipada de créditos de ICMS, é correta a cobrança apenas em relação à diferença tomada a maior. A perícia confirmou que houve recolhimento do imposto, ainda que em momento posterior, de maneira que foram legítimos os créditos, no montante correspondente ao valor recolhido. Em que pese a autora afirmar que não houve compensação de créditos em excesso, tal assertiva é contrariada pela perícia (fls. 1.221/1.223

e 1.250/1.251). Reduzido, por isso, o montante do imposto exigível, a multa aplicada se revelava abusiva, por superá-lo, de maneira que também foi acertada a correspondente redução.

No tocante à apropriação de créditos correspondentes às estruturas metálicas, material de construção, relógios de ponto, impressoras, móveis, luminárias, telhas, equipamentos de informática, equipamentos contra incêndio etc., a sentença acolheu em parte o pedido inicial da autora. O Magistrado assim decidiu com apoio na constatação pericial de que tais bens, exceto as estruturas metálicas e material de construção, integram o ativo imobilizado e não há comprovação de que tenham sido utilizados em área diversa da área industrial ou da comercial, razão por que é possível a apropriação dos créditos. Quanto às estruturas metálicas e material de construção, a sentença rejeitou o pedido anulatório por entender se tratar de bens imóveis, pois empregados na ampliação e reforma de galpão industrial, e não de mercadorias.

Tem razão a autora ao afirmar que o direito ao crédito não se abala por ser a mercadoria integrada a bem imóvel. Mercadoria, segundo conceito comumente aceito, é todo bem móvel objeto de circulação mercantil, que perdura desde a produção até o consumidor final, quando o bem sai do comércio e deixa, portanto, de ser mercadoria. Dessa forma, assim que incorporada ao ativo não circulante, o bem deixa de ser mercadoria, uma vez que não está mais em circulação mercantil. O relevante é o momento da aquisição, quando o bem tem a natureza de mercadoria, não o momento posterior, em que ela necessariamente deixa de sê-lo por não se destinar à circulação comercial.

Apesar disso, não é correto entender que o art. 20 da Lei Complementar nº 87/1996 autoriza créditos de toda e qualquer mercadoria que venha a integrar o ativo permanente da empresa.

A interpretação sistemática da legislação proporciona os limites e contornos do direito ao crédito relativo a mercadorias destinadas ao ativo permanente. Pela dicção expressa da lei, não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou serviços utilizados em fim *alheio à atividade do estabelecimento* (art. 20 §1º e art. 21, III). A lei complementar não define o que se deve entender como atividade do estabelecimento, e a esse respeito apenas estabelece a presunção relativa de que são alheios à atividade do estabelecimento os veículos de transporte pessoal (art. 20, §2º).

No RMS nº 24.911/RJ (Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 06.08.2012), foi posta a questão da apropriação de créditos de ICMS provenientes da aquisição de vitrines, chopeiras, geladeiras, mesas e cadeiras adquiridos por empresa dedicada à produção e comércio de cervejas, refrigerantes, bebidas em geral e gás carbônico. O STJ entendeu serem cabíveis os créditos do imposto nesse caso, uma vez que demonstrado nos autos que as mercadorias citadas

Acesso ao Sumário

foram integradas ao ativo imobilizado e empregadas na consecução da atividade econômica.

Na mesma linha foi o julgamento do AgRg no REsp nº 1.358.847/MG (Rel. Min. Humberto Martins, DJe 30.05.2016), em que o STJ decidiu serem legítimos créditos de ICMS decorrentes de mercadorias destinadas a construção de instalações utilizadas no processo produtivo de mineração e beneficiamento. Depreende-se do acórdão que o STJ entendeu se tratar de material de construção utilizado em instalações indispensáveis ao funcionamento adequado de equipamentos vinculados diretamente à produção.

Já no REsp nº 860.701/MG (Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 17.05.2007), o STJ decidiu não ser possível aproveitar créditos do ICMS decorrente de material de construção utilizado na edificação da sede de hipermercado, por entender que se tratava de emprego em atividade alheia à finalidade da empresa. Entendimento similar foi adotado nos precedentes REsp nº 1.077.242/MG, Rel. Min. Denise Arruda, DJe 12.02.2009, AgRg no AI nº 1.145.693/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 03.08.2010, AgRg no AI nº 1.248.479/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 04.05.2012, AgRg no AREsp nº 188.879/SC, Rel. Min. Ari Pargendler, DJe 24.09.2013.

É possível afirmar, a partir da legislação vigente e dos julgados precedentes, que é da lógica da não-cumulatividade do ICMS que somente dão direito ao crédito as entradas de bens destinados a fins vinculados ao propósito da empresa de produzir ou comercializar mercadorias ou prestar serviços.

Assim, tem-se que a lei complementar assegura o direito a créditos sobre aquisição de mercadoria tributada pelo ICMS, incorporada ao ativo permanente e que seja empregada na atividade-fim do estabelecimento, observada a vedação de compensação e dever de estorno no caso de saídas não tributadas ou isentas.

No caso concreto, ao contrário do que sustenta a Fazenda, a perícia concluiu que tais mercadorias foram destinadas ao ativo imobilizado do estabelecimento e não ao seu uso e consumo (fl. 1.238). Porém, também concluiu que as mercadorias foram empregadas pela autora em fim alheio à sua atividade principal (fl. 1.238). Constatado que as entradas foram destinadas a atividade outra que não a atividade-fim da empresa, a apropriação de créditos do ICMS encontra óbice no art. 20, §1º, da Lei Complementar nº 87/96. Essa a razão pela qual, deve ser acolhida a pretensão recursal da Fazenda em questão.

Sobre as peças sobressalentes para sistema de transporte pneumático, também não tem razão a autora. Embora ela alegue que a perícia concluiu que não se trata de bem de uso ou consumo do próprio estabelecimento, o perito prestou esclarecimentos a fl. 1.391, em que informa ter se equivocado no seu parecer inicial. Ele então esclarece que tais peças não são consumidas no processo produtivo, mas apenas sofrem desgaste na atividade fabril.

Acesso ao Sumário

As peças de máquina empregada na atividade-fim da empresa ensejariam direito a crédito, se, pela sua longevidade, integrassem o ativo imobilizado. Todavia, não há prova de que tais peças são bens do ativo, e a própria autora, em suas razões recursais, sustenta serem materiais intermediários, consumidos no processo produtivo. Considerando as conclusões do perito, tem-se que tais mercadorias são destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, de maneira que é vedado o crédito, nos termos do art. 33, I, da Lei Complementar nº 87/96.

As multas aplicadas tampouco têm natureza confiscatória, à exceção daquela do item II.4, já reduzida pela sentença. O Supremo Tribunal Federal tem afirmado que só existe violação à proibição de confisco (art. 150, IV, CF) quando a multa ultrapassa o valor do tributo, o que não ocorre no caso dos autos, em que a multa corresponde a 100% do valor do crédito devido, conforme se depreende do auto de infração e imposição de multa (fls. 40/53).

A autora também não tem razão quanto ao início do cômputo dos juros de mora. Tal encargo moratório incide a partir do mês em que o saldo do imposto se torna devedor, nos casos de lançamento de ofício decorrente de certas infrações relativas ao crédito de imposto, nos termos do art. 96, I, c, da Lei nº 6.374/89.

Quanto aos juros de mora, constata-se que a aplicação da Lei Estadual 13.918/2009, na atualidade, resulta em taxa de juros acima da taxa SELIC. Ocorre que essa extrapolação da SELIC é inconstitucional, conforme decidiu o Órgão Especial deste Tribunal no Incidente de Inconstitucionalidade nº 0170909-61.2012.8.26.0000, donde a necessidade de que tal verba seja limitada ao patamar da taxa SELIC.

De todo o exposto, conclui-se que os recursos merecem ser providos em parte.

Dada a procedência parcial dos pedidos iniciais, para desconstituir parte do auto de infração e limitar os juros de mora ao patamar da taxa SELIC, e em atendimento ao que dispõe o art. 85, §11º, do CPC, a Fazenda do Estado deve arcar com honorários advocatícios. Eles devem ser fixados no mínimo do patamar legal correspondente (art. 85, § 3º e incisos, CPC), em percentual que será definido com a liquidação da sentença (art. 85, § 4º, II, CPC), sobre o proveito econômico obtido pela autora, acrescido de mais um ponto percentual.

A autora, por outro lado, sucumbiu quanto aos demais itens do auto de infração aqui discutidos e mantidos. Por isso, e em observância ao que dispõe o art. 85, §11º, do CPC, a verba honorária por ela devida deve ser fixada sobre o débito remanescente, em percentual que será definido com a liquidação da sentença (art. 85, § 4º, II, CPC), acrescido de mais um ponto percentual.

Os demais ônus deverão ser distribuídos na proporção da sucumbência de cada parte, nos termos acima expostos.

Pelo meu voto, dou provimento em parte ao recurso da autora, para anular

Acesso ao Sumário

a multa imposta no item II.4 do auto de infração e limitar os juros de mora ao patamar da taxa SELIC, e dou provimento em parte ao recurso da Fazenda do Estado, para julgar improcedente o pedido anulatório quanto aos itens III.8, IV.11, V.12 e V.16 do auto de infração, alterada a distribuição dos ônus da sucumbência nos termos expostos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000967-44.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SILMARA TOMAZI MORALES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.216)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente), MAGALHÃES COELHO e EDUARDO GOUVÊA.

São Paulo, 5 de novembro de 2018.

COIMBRA SCHMIDT, Relator

Ementa: SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. Professora de Educação Básica II. Requerimentos de licença saúde. Legitimidade das perícias realizadas pelo Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo. Conjunto probatório insuficiente a afastar alegação de inaptidão para o trabalho. Ausência de enfrentamento e de crítica analítica dos fundamentos que resultaram no indeferimento dos pedidos. Sentença de improcedência. Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Silmara Tomazi Morales ajuizou ação de rito ordinário contra a Fazenda do Estado de São Paulo, objetivando a retificação dos atos administrativos que indeferiram pedidos para concessão de licença saúde, em períodos compreendidos entre os períodos de 16/06/2010 a 15/08/2010 e 14/11/2010 a 07/09/2011, determinando-se a regularização de seu registro de frequência e o pagamento dos respectivos vencimentos, bem como da Gratificação Geral (LC

n° 901/01).

Julgou-a improcedente a sentença de f. 195/7, cujo relatório é adotado, com fundamento no art. 487, inc. I, do Código de Processo Civil de 2015.

Apela a vencida. Aduz que a sentença deve ser anulada, possibilitando à apelante a produção de novas provas periciais junto ao IMESC. Sustenta ter juntado atestados de seu médico particular que comprovam a necessidade de seu afastamento. Alega que o perito oficial do IMESC, em laudo médico legal (f. 182/8), desconsiderou os documentos entregues pelo médico particular da autora.

Contrarrazões a f. 217/22.

É o relatório.

A apelante, Professora de Educação Básica II, pretende a concessão de licença para tratamento de saúde, relativamente aos períodos de 16/06/2010 a 15/08/2010 e 14/11/2010 a 07/09/2011, em aberto, com a consequente regularização de sua frequência e pagamento de atrasados.

A Fazenda do Estado, de seu turno, refuta os argumentos da apelante, sustentando a legitimidade do Departamento de Perícias Médicas do Estado (DPME) para realizar as perícias e decidir acerca dos pedidos de licença para tratamento de saúde, bem como a inexistência de prova da incapacidade laborativa.

O artigo 191 da Lei Estadual nº 10.261/68 ("Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado") dispõe que a concessão da licença para tratamento de saúde é dada mediante prévia inspeção do órgão médico oficial, *in verbis*:

> Artigo 191 - Ao funcionário que, por motivo de saúde, estiver impossibilitado para o exercício do cargo, será concedida licença, mediante inspeção em órgão médico oficial, até o máximo de 4 (quatro) anos, com vencimento ou remuneração.

O órgão médico oficial em comento é justamente o DPME, nos termos do artigo 5º, inciso III, do Decreto Estadual nº 29.180/88:

> Artigo 5.° - O DPME terá por atribuições:
>
> (...)
>
> III - realizar perícias médicas nos funcionários e servidores civis para fins de: licença para tratamento de saúde, licença ao funcionário ou servidor acidentado no exercício de suas atribuições ou atacado de moléstia profissional, licença á funcionária ou servidora gestante, readaptação, para reassunção do exercício e cessação da readaptação, bem como na pessoa da família quando de licença por motivo de doença em pessoa da família, proferindo a decisão final.

No caso dos autos, embora o único atestado médico, de lavra de médico particular, com data de 16/11/2010 (f. 40, 47, 57, 66 e 69), afirme ser a paciente

Acesso ao Sumário

portadora de disfonia funcional e anacusia, e sugira readaptação à nova função, é certo que tal declaração, por si só, não é suficiente para comprovar a necessidade de concessão da licença saúde em todos os interregnos pleiteados pela apelante.

A propósito, de acordo com as informações prestadas pelo DPME (f. 94/102), em relação ao período de 16/06/2010 a 15/08/2010, a Comissão Médica do DPME acolheu o parecer do perito e concluiu favoravelmente pela concessão de *60 dias de LTS a partir de 16/06/2010 a 14/08/2010* (DOE de 27/07/2010), ficando apenas o dia 15/08/2010 em aberto, por falta de pedido administrativo que amparasse a pretensão da autora.

Relativamente ao período de 14/11/2010 a 07/09/2011, o DPME informou que, por intermédio da Guia para Perícia Médica-GPM expedida em 16/11/2010, a autora foi submetida à perícia médica em 07/01/2011, às 13h07, solicitando afastamento por motivo de saúde, ocasião em que apresentou um único atestado médico datado de 16/11/2010 (f. 40, 47, 57, 66 e 69), diagnosticando disfonia funcional (CID R49.0) e anacusia (CID H90.5) e propondo a readaptação funcional da pericianda; contudo, não apresentou qualquer exame médico que comprovasse o alegado, razão pela qual o médico perito manifestou-se contrário à LTS pleiteada, por falta de elementos que justificassem sua concessão (DOE de 19/01/2011).

Informou, ainda, o DPME que, no período de 24/11/2010 a 07/09/2011, não houve regular expedição de GPMs, restando prejudicada a pretensão da autora por inobservância aos artigos 24, 27 e 41, do Decreto n° 29.180/88. Apenas em 08/09/2011 foi expedida a próxima GPM, sendo concedidos à autora 30 dias de LTS a partir de 08/09/2011 a 07/10/2011 (DOE de 20/01/2012).

De mais a mais, é de se registrar a conclusão exarada no Laudo Médico Legal do IMESC (f. 187):

> **Os documentos médicos legais apresentados pela Requerente são insuficientes para comprovação da incapacidade ou limitação da capacidade laborativa**, para suas atividades habituais (professora em sala de aula), nos períodos em aberto relatados na exordial (16/06/2010 a 15/08/2010 // 14/11/2010 a 07/09/2011). (g.n.)

Acesso ao Sumário

Deveras, acerca de todas essas circunstâncias, a apelante discorre apenas de modo genérico sobre o direito alegado, não refutando especificamente os fundamentos básicos dos aludidos pareceres e dos demais elementos probatórios. Tampouco critica analiticamente o provimento jurisdicional, optando por, grosso modo, reiterar os argumentos expendidos na petição inicial, em vez de demonstrar seu suposto desacerto.

Conclui-se, desse modo, terem sido satisfatoriamente justificados os indeferimentos de licença saúde, revelando-se descabida a pretensão da apelante.

Posto isso, nego provimento ao recurso. Mercê da sucumbência recursal,

elevo a honorária a 12% sobre o valor atualizado da causa, observada a gratuidade concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001310-42.2017.8.26.0062, da Comarca de Bariri, em que é apelante CELSO ANTONIO CLARO PEREIRA, 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: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.827)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICENTE DE ABREU AMADEI (Presidente), LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ e RUBENS RIHL.

São Paulo, 7 de novembro de 2018.

VICENTE DE ABREU AMADEI, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Ação de indenização – Danos materiais e morais – Busca e apreensão, com arrombamento de porta para acesso ao interior da residência utilizada para guarda de ferramentas (não propriamente para domicílio) – Ausência de ilegalidade, abuso ou excesso – Lastro da diligência policial em mandado judicial, sem fumaça de erro judiciário ou de investigação, ou, ainda, de desnecessidade da medida extrema de busca e apreensão – Casa fechada e sem morador ou ocupante que lá estava, quando da diligência policial, a justificar o arrombamento da porta, com força moderada aplicada na fechadura para esse fim – Oitiva de apenas uma testemunha (esposa do autor, ouvida como informante) que, a rigor, não configura, com os demais documentos juntados, prova suficiente para imputar ao Estado responsabilidade civil indenizatória – Ausência de coisa apreendida na diligência ou de imputação de crime na investigação correlata que, por si, não tornam ilícita, descabida,

Acesso ao Sumário

abusiva ou excessiva a busca e apreensão realizada – Sentença de improcedência da demanda mantida – RECURSO DESPROVIDO.

Não caracterizado abuso ou excesso no procedimento policial de cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar, mas mero exercício legal de execução da ordem judicial (que não se vislumbra precipitada ou ilegal), não se justifica indenização alguma, nada obstante o necessário arrombamento da porta para o ingresso no local (sem ocupante quando da diligência) e os transtornos próprios desta diligência.

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 111/124) interposta por **Celso Antonio Claro Pereira**, em ação indenizatória que promove contra a **Fazenda do Estado de São Paulo**, em face da r. sentença (fls. 104/107), que julgou improcedente a demanda e condenou o autor ao pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da causa, com a ressalva da assistência judiciária.

O apelante pretende a reforma da r. sentença, sustentando, em resumo, a ocorrência de danos materiais e morais que experimentou em decorrência de busca e apreensão policial realizada em sua casa, de forma ilegal e abusiva, com arrombamento das portas e invasão da residência, destacando-se a presença de todos os pressupostos para a indenização, bem como a responsabilidade objetiva do Estado, para além da configuração do ato ilícito.

Processado o recurso, foi contrariado (fls. 129/132), e os autos subiram para este E. Tribunal de Justiça.

É o relatório, em acréscimo ao da r. decisão recorrida.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade do recurso.

A discussão central da lide repousa na ocorrência, ou não, de danos materiais e morais indenizáveis, por conduta investigativa, apontada como ilegal e abusiva, consistente em busca e apreensão realizada em prédio do autor, com arrombamento de portas e invasão no local, sem consequente apreensão e constatação de ocorrência de crime.

A realização da diligência policial de busca e apreensão no prédio do autor, em 30/08/2016, com arrombamento de portas para o acesso dos policiais ao seu interior, é fato incontroverso e atestado na prova documental.

Todavia, não se pode afirmar, pelo conjunto das provas reunidas (documentais e oral), que os policiais tenham agido em quadro de ilegalidade,

Acesso ao Sumário

abuso ou excesso.

A uma, porque os policiais estavam amparados em mandado judicial regularmente expedido (fato também incontroverso e constante na petição inicial), em exercício de cumprimento de ordem judicial, que determinou a tal diligência investigativa no local dos fatos, sem afronta, portanto, ao art. 5º, XI, da Constituição Federal.

A duas, porque não há, nos elementos de convicção do processo, sinal algum para assertiva de excesso na execução do mandado de busca e apreensão, observando-se que o arrombamento da porta foi com uso de força contida e necessária para ingressar no imóvel (fls. 16/17), que se encontrava fechado e sem ninguém em seu interior ao tempo da diligência (é o que se pode extrair, inclusive, do testemunho de *Ester de Jesus Celestino*).

Outrossim, a única testemunha ouvida, *Ester*, que mantém vida em comum com o autor (informa ser esposa dele), ouvida apenas como informante, declara que moram em outro imóvel, distante de cerca de uma quadra do prédio onde houve a diligência policial, que o autor usava para guardar ferramentas, mas titubeou, demonstrando insegurança ou incerteza, ante a pergunta se os policiais sabiam desse outro local de residência deles, onde, a princípio, poder-se-ia encontrar alguém (o autor ou sua esposa) para abrir o imóvel e acompanhar a diligência.

Deste modo, são frágeis as provas do autor para a assertiva de ilegalidade, ilicitude, abuso ou excesso no cumprimento do mandado judicial de busca e apreensão.

Nada se afirmou ou se comprovou, ademais, para se concluir que não havia justa causa para a expedição daquele mandado de busca e apreensão, e a circunstância de que a diligência policial resultou negativa (nada apreendido), bem como que crime algum foi apontado no inquérito policial, por si, não são suficientes para a conclusão de ilegalidade da referida diligência.

Em outras palavras, nada autoriza, nos elementos de convicção dos autos, retrair alguma ilicitude ao antecedente lógico do cumprimento da diligência policial, ou seja, apontando falhas na investigação policial e, também, na ordem judicial que autorizou a busca e apreensão. Para tanto, ausente até mesmo fumaça de prova.

Enfim, não caracterizada ilicitude nem abuso na expedição da ordem judicial nem no procedimento policial, ao tempo do cumprimento de mandado de busca e apreensão, em expressão de mero exercício investigativo e executivo daquela ordem judicial.

Assim, não se justifica indenização alguma, quer por danos materiais, quer por danos morais, nada obstante os prejuízos na fechadura e na porta arrombada, bem como os transtornos próprios desta diligência, que, sem dúvida, também

Acesso ao Sumário

perturbam a tranquilidade do dono do prédio.

Tudo, porque, sem erro judicial, sem deficiência do aparelho estatal investigativo e sem ilicitude, abuso ou excesso dos policiais que, em cumprimento do mandado, o executaram, é inadmissível imputar ao Estado responsabilidade civil indenizatória.

Não se olvide que a ordem jurídica nacional, inclusive no plano constitucional (art. 37, § 6º, da CF), embora aponte para a responsabilidade objetiva do Estado, para além da responsabilidade aquiliana por ato ilícito indicada no plano infraconstitucional (artigos 186 e 927, ambos do CC), não acolheu a teoria do risco integral.

Daí, no caso de diligências investigativas policiais de crimes, amparadas por ordem judicial, em regular persecução e segundo as regras do Código de Processo Penal, apenas o erro judicial – teratológico, ou eivado de dolo ou ma-fé – ou o comportamento desregrado, abusivo ou excessivo dos policiais executores da ordem judicial, podem justificar a indenização. E tais falhas (judiciária ou policial), como já exposto, no caso, não houve.

Ausente, pois, falha da máquina estatal (judiciária ou policial), em que se formula a pretensão indenizatória, destacando-se que o autor teve ampla oportunidade para produzir as provas dos fatos constitutivos do direito invocado, mas aquelas que produziu (*documentais e oral*) não são suficientes para o decreto de procedência da demanda indenizatória.

Logo, por todas as perspectivas de exame, impõe-se o desprovimento do apelo.

Por fim, dou por prequestionados todos os preceitos apontados em recurso, observando ser desnecessário o destaque numérico dos dispositivos legais (STJ, EDcl no RMS 18.205, rel. **Min. Felix Fischer**).

Pelo exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1040426-48.2018.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV, são apelados JURANDIR DE SANT'ANNA e MIRIAM AYALA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento aos recursos. V.U., considerado interposto o oficial, com observação, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

(Voto nº 25.405)

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSVALDO MAGALHÃES (Presidente), PAULO BARCELLOS GATTI e ANA LIARTE.

São Paulo, 9 de novembro de 2018.

OSVALDO MAGALHÃES, Relator

Ementa: Servidor estadual – Pretensão de inclusão do Prêmio de Incentivo da Lei Estadual nº 8.975/ 1994 no cálculo do 13º salário e 1/3 de férias – Admissibilidade de inclusão de 50% do valor – Tese fixada no julgamento do IRDR nº 0056229-24.2016.8.26.0000 – Sentença de procedência – Desprovimento dos recursos, com observação a respeito dos juros de mora e correção monetária.

VOTO

I - Trata-se de ação ordinária promovida por servidores estaduais inativos, com o objetivo de inclusão em seus proventos, e consequente pagamento de diferenças, do Prêmio de Incentivo, instituído pela Lei nº 8.975, de 1994 e alterações posteriores.

A r. sentença de fls. 42/43, cujo relatório se adota, julgou procedente a ação "*para condenar a ré a ré a apostilar em favor da parte contrária o Prêmio de Incentivo no cálculo do adicional por tempo de serviço (quinquênio), sexta-parte, 13º salários, férias, e seu terço constitucional e condená-la ao pagamento das diferenças*".

Recorre a SPPREV, pugnando tão somente pela incidência da Lei 11.960/09.

Recurso regularmente processado e respondido.

Interposto o reexame necessário.

É o relatório.

II – Considera-se interposto o reexame necessário, em razão de condenação da Fazenda Estadual em primeira instância sem anotação da remessa oficial.

Feito tal registro, os recursos, "data venia", não comportam provimento.

Sobre o Prêmio de Incentivo instituído pela Lei Estadual nº 8.975, de 1994, a Colenda Seção de Direito Público desta Egrégia Corte, no julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0056229-24.2016.8.26.0000, de relatoria do eminente Des. Moreira de Carvalho, fixou a tese de "*possibilidade de inclusão de 50% do valor do prêmio de incentivo no cálculo do 13° salário, férias, terço constitucional de férias, quinquênio e sexta*

Acesso ao Sumário

parte", destacando-se do decidido:

"(...) O caso 'sub judice' discute a incorporação do Prêmio de Incentivo à Qualidade PIQ no cálculo do 13° salário, 1/3de férias, quinquênio, sexta parte e outras gratificações.

Nesta linha, tem-se que o Prêmio Incentivo foi instituído pela Lei Estadual nº 8.975/94 aos servidores em exercício na Secretaria da Saúde, nos seguintes termos:

'Artigo 1º - Poderá ser concedido, em caráter experimental e transitório, pelo prazo de 12 (doze) meses, Prêmio de Incentivo aos servidores em exercício na Secretaria da Saúde, objetivando o incremento da produtividade e o aprimoramento da qualidade dos serviços prestados na área da saúde, mediante avaliação dos seguintes fatores: I - integralidade da assistência ministrada; II - grau de resolutividade da assistência ministrada; III - universidade do acesso e igualdade do atendimento; IV - racionalidade dos recursos para manutenção e funcionamento dos serviços; V - crescente melhoria do Sistema Único de Saúde - SUS/SP.'

Posteriormente, o pagamento deste prêmio em comento foi prorrogado pelas Leis Estaduais n° 9.185/95 e nº 9.463/96, sendo que esta última o fez por tempo indeterminado e dispôs, ainda, que as respectivas "bases, termos e condições" passassem a ser estabelecidas por decreto.

Nesse diapasão, o Decreto nº 41.794/07determinou aos servidores a vantagem na razão de 50% do valor máximo, conforme disposto em seu art. 3º:

'Artigo 3º - 0 Prêmio de Incentivo será pago trimestralmente e terá como composição percentual máxima o que segue:

I - 50% (cinquenta por cento) resultantes da aplicação do disposto no § 1°, do artigo 2° da Lei n° 8.975, de 25 de novembro de 1994, com a redação dada pela Lei n° 9.463,de 19 de dezembro de 1996;

II - 25% (vinte e cinco por cento) resultantes da avaliação individual a ser efetuada pela Chefia imediata do servidor;

III - 25% (vinte e cinco por cento) resultantes da avaliação institucional, a ser efetuada pela Comissão a que se refere o artigo 9° deste decreto.

Parágrafo único - A atribuição dos percentuais previstos nos incisos II e III variará de 0 (zero) a 25 (vinte e cinco),de acordo com os critérios que venham a ser fixados nos termos do artigo 7.° deste decreto.'

Nesse contexto, tem-se que o Prêmio Incentivo, em seu grau mínimo (50%), configura vantagem de caráter permanente, que integra a remuneração do servidor, não havendo razão para que não incida sobre os adicionais temporais (quinquênio e sexta parte), bem como, sobre o terço de férias e o décimo terceiro salário, porquanto tal prêmio foi deferido a todos os servidores pelo simples exercício do cargo, não exigindo nenhuma condição especial para tanto, o que evidencia uma tentativa de aumento dos vencimentos dos servidores da ativa dissimulada em gratificação.

Já a outra metade do Prêmio Incentivo expressa vantagem 'pro labore

Acesso ao Sumário

faciendo', sem caráter de generalidade, na medida em que tal verba pecuniária foi instituída com o objetivo de premiar os servidores que apresentem bom desempenho nas avaliações individual e coletiva.

Dessa forma, somente 50% do valor pago do Prêmio Incentivo (parte fixa) deve incidir sobre os adicionais temporais (quinquênio e sexta parte), bem como, sobre o terço de férias e o décimo terceiro salário, em razão do caráter geral assumido pela aludida vantagem.

Logo, na espécie, tal como assentado pelo juízo sentenciante, a ação é procedente para determinar-se a inclusão de 50% do valor do Prêmio de Incentivo no cálculo das verbas discriminadas na petição inicial, com pagamento das diferenças, observada a prescrição quinquenal (Súmula nº 85 do Superior Tribunal de Justiça).

Quanto aos juros moratórios e atualização monetária, a fim de evitar incidentes desnecessários na fase de execução, observo que os juros devem ser computados a partir da citação, e a correção desde quando devidas as parcelas e até o efetivo cumprimento da obrigação.

Ademais, no tocante à validade da correção monetária e dos juros moratórios incidentes nas condenações impostas à Fazenda Pública, registre-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 20.09.2017, no julgamento do RE nº 870.947-RG/SE (Tema 810), de relatoria do Ministro Luiz Fux, definiu as seguintes teses a respeito da matéria:

"1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico- tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º- F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09".

"2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina".

Portanto, segundo depreende-se da orientação firmada no referido julgado, nas condenações oriundas de relação jurídica não tributária, mantém-se hígida, em relação ao juros moratórios, a observância do disposto no artigo 1ºF da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09.

Acesso ao Sumário

Já no tocante à correção monetária deve ser aplicado o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), ou seja, para todas as condenações impostas à Fazenda Pública.

Posteriormente à orientação acima firmada, sobreveio, em 22/02/18, o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça do REsp (repetitivo) nº 1.495.146/MG (Tema 905), de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 02.03.2018, especificando, no mesmo sentido do Tema 810/STF e com maiores detalhes, a forma como deve ocorrer a atualização das condenações impostas à Fazenda Pública, com a seguinte ementa:

"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.

1.1 Impossibilidade 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.

Acesso ao Sumário

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 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

Acesso ao Sumário

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".

Assim sendo, na espécie, tem-se pela necessidade de aplicação, na fase de liquidação do julgado, dos critérios estabelecidos no julgamento do REsp nº 1.495.146/MG (Tema 905) em consonância com a orientação fixada no RE nº 870.947/SE (Tema 810), relativamente aos juros e correção monetária, devendo ser observada, se for o caso, eventual modulação de efeitos a ser decidida pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal nos autos do EDCl no RE nº 870.947/SE.

Em virtude da sucumbência recursal, impõe-se a majoração da verba honorária devida pela Fazenda Estadual em 2% sobre o montante arbitrado pelo juízo de origem, com base no artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil.

III – Ante o exposto, pelo meu voto nego provimento aos recursos, para manter a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos, com observação quanto aos consectários legais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001943-34.2014.8.26.0070, da Comarca de Batatais, em que é apelante KELLY DOS SANTOS SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE BATATAIS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Nos termos do art. 942 do CPC, negaram provimento ao recurso da autora e deram parcial provimento ao recurso do Município, por maioria dos votos, vencidos o 2º e 5º juiz, declara o 2º juiz, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.667)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VERA ANGRISANI (Presidente), CARLOS VON ADAMEK, RENATO DELBIANCO e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 7 de novembro de 2018.
CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESCRIÇÃO TRIENAL. Descabimento. Prazo quinquenal, aplicável às ações contra a Fazenda Pública. Inteligência do art. 1º do Decreto nº 20.910/32. Norma especial que deve prevalecer sobre a geral. Entendimento consolidado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo. Termo *a quo* contado da data ou fato do qual se originaram. Prazo prescricional que não corre contra menor. Não ocorrência da prescrição quinquenal.

RESPONSABILIDADE CIVIL. Aluna agredida nas dependências da escola. Perda da visão do olho direito. Omissão estatal caracterizada. Estando a vítima dentro do prédio público, em evento escolar, responde o Estado por sua incolumidade física. Falta de supervisão de professor, inspetor ou qualquer outro funcionário da escola que pudesse impedir o a evento lesivo. Precedentes, inclusive do C. STF. Danos morais e materiais configurados.

DANOS MORAIS. Valor arbitrado excessivo. Laudo que atestou comprometimento patrimonial físico com perda da visão unilateral. Indenização reduzida. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Sentença reformada, neste aspecto.

DANO ESTÉTICO. Laudo que atestou dano estético moderado que comporta reparação. Valor pretendido excessivo. Sentença reformada em parte. Recurso da autora improvido e recurso do Município parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Kelly dos Santos Silva (fls.131/135) e pela Prefeitura Municipal de Batatais (fls.138/147) contra a r. sentença de fls. 122/129 que julgou parcialmente procedente a ação ordinária proposta por Kelly dos Santos Silva objetivando indenização por danos morais e materiais por ter sido atingida por uma pedra arremessada por outro aluno nas

dependências da escola que lhe causou cegueira total do olho direito.

Recorre Kelly dos Santos Silva as fls.131/135 pela majoração das indenizações impostas.

A Prefeitura, por sua vez, alega as fls.138/147, preliminarmente, a prescrição. No mérito, afirma que no caso de omissão, prevalece a responsabilidade subjetiva da Administração; que era impossível prever a ocorrência da situação; que o dano causado a autora decorreu de culpa exclusiva de terceiro. Sustenta que não houve comprovação do nexo causal entre a omissão do Estado e a sequela da autora. Requer, por fim, a redução das indenizações.

Apenas o Município apresentou contrarrazões às fls. 148/150.

É o relatório.

1. A autora Kelly dos Santos Silva ajuizou a presente ação de indenização contra a Prefeitura Municipal de Batatais visando à reparação por danos morais e materiais sofridos, por ter sido vítima de uma pedra arremessada por outro aluno que lhe ocasionou cegueira total do olho direito, nas dependências da Casa Abrigo Moyses de Oliveira.

A r. sentença de fls.122/129 julgou a ação parcialmente procedente condenando a Prefeitura a pagar a requerente indenização pelos danos estéticos a quantia de R$ 20.000,000 e por danos morais a quantia de R$ 70.000,00.

2. De início, afasta-se a alegação de prescrição trienal trazida pelo Município.

Com efeito, o prazo prescricional à espécie é de **cinco anos**, diante da pacificação do tema pelo C. Superior Tribunal de Justiça, conforme julgados abaixo, especialmente o julgamento do REsp 1251993/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, de 12/12/2012, DJe 19/12/2012, representativo de controvérsia, **no regime dos recursos repetitivos**:

> "ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ARTIGO 543-C DO CPC). RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL (ART. 1º DO DECRETO 20.910/32) X PRAZO TRIENAL (ART. 206, § 3º, V, DO CC.) PREVALÊNCIA DA LEI ESPECIAL. ORIENTAÇÃO PACIFICADA NO ÂMBITO DO STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO". (REsp 1251993/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/12/2012, DJe 19/12/2012).
>
> "ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTDO. ATO ILÍCITO. INDENIZAÇÃO. DECRETO 20.910/32. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que as ações

que visam discutir a responsabilidade civil do Estado prescrevem em cinco anos, nos termos do Decreto 20.910/32. Precedentes. 2. Agravo não provido". (AgRg no REsp 1244283/PB, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/02/2012, DJe 04/02/2013).

"ADMINISTRATIVO, RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/32. PRECEDENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 1.081.885/PR. Publicado no DJe 1º/11, consolidou o entendimento no sentido de que o prazo prescricional aplicável à ações de indenização contra a Fazenda Pública é de cinco anos, previsto no Decreto 20.910/32, e não de três anos, por se tratar de norma especial que prevalece sobre a geral. 2. Agravo não provido". (AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.364.269-PR (2010/0188803-0), Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA).

Ressalte-se que o entendimento citado baseou-se no fato de que o **Decreto Federal nº 20.910/32 é norma especial que deve prevalecer sobre a geral** (prescrição trienal em ação de reparação civil, prevista pelo Código Civil).

Desta feita, deve-se aplicar o disposto no art. 1º do Decreto Federal nº 20.910/32:

"As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem como todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual, Municipal, seja qual for sua natureza, prescrevem em 5 anos, **contados da data ou fato do qual se originaram**".

Assim, o termo a quo do dispositivo acima dispõe ser de 5 anos o prazo prescricional para o pleito indenizatório, contados da data ou fato do qual se originaram.

Portanto, não se cogita de prescrição trienal no caso dos autos.

Note-se que os fatos ocorreram em 19.11.2002, quando a autora era menor de idade (8 anos), **não correndo a prescrição contra** ela, nos termos do artigo. 3º e 198, I do Código Civil.

A presente ação foi proposta quando ainda não havia transcorrido o prazo prescricional, pois referido prazo começou a fluir para a autora em 01.07.2010, quando completou 16 anos (cf.fls.16), e a ação foi proposta em 10.07.2014, dentro do prazo quinquenal.

Logo, deve ser afastada a preliminar apontada.

3. Consta nos autos que a autora com 08 anos a época, **em evento realizado pela Casa Abrigo Moyses de Oliveira, foi atingida por uma pedra arremessada por outro aluno chamado Diego que lhe ocasionou a perda da visão do olho direito** (fls.19/20).

Acesso ao Sumário

Narra a autora que foi submetida a procedimentos cirúrgicos, mas que tal sequela lhe ocasionou uma serie de transtornos psicológicos e marcas corporais.

Sustenta que tal situação se deu por negligência da ré que deixou de agir com a devida vigilância.

4. Como é cediço, o Estado pode causar danos a terceiros, seja por sua ação ou omissão.

Tratando-se de conduta omissiva, é necessário verificar se a omissão representou ou não o fato gerador da responsabilidade, tendo em vista que nem toda omissão estatal traduz descaso do Estado no cumprimento de seus deveres legais.

Destarte, apenas quando o Estado se omitir diante do dever legal consistente em impedir a ocorrência do dano, é que poderá ser responsabilizado civilmente e estará obrigado a reparar os danos havidos.

Interessante anotar, a respeito, os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> "Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.
>
> Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva. Não bastará, então, para configurar-se responsabilidade estatal, a simples relação entre ausência do serviço (omissão estatal) e o dano sofrido." (Curso de Direito Administrativo, 28ª ed. Ed. Malheiros: São Paulo, 2011, p. 1021).

Com efeito, a responsabilidade do Estado por condutas omissivas pressupõe o dever legal de agir de seus agentes que, desatendendo à imposição legal, não agem. Dessa omissão resulta o dano ao particular, sendo, por essa razão, entendida como uma conduta ilícita.

Apenas haverá responsabilidade civil do Estado, portanto, quando presentes os elementos que caracterizam a culpa.

Acesso ao Sumário

Dessa maneira, a responsabilidade do Estado relativa à omissão ante o dever de agir pressupõe a existência de imprudência, imperícia,

5. E, no caso, resta evidente a responsabilidade estatal pelo acidente sofrido pela autora na dependência da Casa Abrigo Moyses de Oliveira, tendo em vista que **o Estado responde pela incolumidade física das pessoas que se encontram em suas dependências, devendo zelar pela sua segurança.**

Note-se que **os fatos narrados ocorreram dentro da escola**, sem que houvesse qualquer segurança ou vigilância da instituição de ensino, estando presente o dever de agir e impedir o resultado danoso.

O fato de a agressão física ter sido causada por aluno não afasta a responsabilidade do Estado, por incumbir à ré manter a vigilância e a integridade física daqueles que se encontram dentro do prédio público, restando caracterizada a falha na custódia da Administração Pública.

A requerida não nega que a autora estava dentro da escola e que foi atingida por uma pedra arremessada por outro aluno, acarretando a perda da visão do olho direito da autora.

De fato, **é fato incontroverso nos autos que a situação ocorreu nas dependências da escola**, sob a responsabilidade da apelada.

Assim, na espécie, resta evidente a responsabilidade estatal pelos danos ocasionados a autora, dentro das dependências da Casa de Abrigo Moyses de Oliveira, tendo em vista que **o Estado responde pela incolumidade física das pessoas que se encontram em suas dependências, devendo zelar pela sua segurança.**

Esta assertiva está, inclusive, pacificada pelo C. Supremo Tribunal Federal, no tocante a **estabelecimentos escolares, mantidos exclusivamente pelas pessoas jurídicas de direito público**, como o presente caso:

> "RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO POR DANOS CAUSADOS A ALUNOS NO RECINTO DE ESTABELECIMENTO OFICIAL DE ENSINO. - **O Poder Público, ao receber o estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno.** - A obrigação governamental de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumprida essa obrigação, e vulnerada a integridade corporal do aluno, emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos

Acesso ao Sumário

causados a quem, no momento do fato lesivo, se achava sob a guarda, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares, ressalvadas as situações que descaracterizam o nexo de causalidade material entre o evento danoso e a atividade estatal imputável aos agentes públicos. (RE 109.615/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 28.05.96, 1ª Turma, DJ 02.08.96, pág. 25.785, Vol. 1835-01, pág. 81).

Nesse passo, ao contrário do que sustenta o Município, que aduz a não comprovação do nexo causal e a culpa da apelada, não houve negativa dos fatos, apenas a alegação de culpa exclusiva de terceiro.

Nos termos da bem lançada sentença:

Contudo, na contestação ofertada, o réu refuta nexo de causalidade entre omissões em sua conduta e o dano resultante, alegando culpa exclusiva de terceiro. Não impugna o fato como narrado - pedra atirada por criança na Casa Abrigo local, em 19.11.2002, que atingiu o olho direito da autora causando-lhe cegueira, quando ela participava do programa Criança Esperança.

Essa dinâmica, pois, restou incontroversa, uma vez que o réu alega que o fato foi imprevisível (não havendo provas de negligência dos servidores/funcionários que trabalham no programa assistencial) e que não lhe pode ser imputado em suas consequências, mas não nega a sua ocorrência.

O Município não demonstrou que os alunos estivessem sob a vigilância de funcionários que pudessem conter o ocorrido, limitando-se a atribuir a terceiro (outro aluno) a responsabilidade pelo ocorrido.

Note-se que pelo Boletim de Ocorrência juntado aos autos (fls.19/20), só se sabe que havia uma professora (Maria) no momento em que a autora foi atingida por uma pedra atirada por outro aluno.

Observa-se a inexistência, nestes autos, de qualquer prova que desconstituísse o acima exposto, nos termos do art. 373, inc. II do NCPC.

Portanto, conclui-se pela negligência do ente público a não tomar a segurança necessária, nas dependências da escola, acrescido à ausência de vigilância, restando caracterizada a falha na custódia do ente estatal.

Em casos análogos, já decidiu esta C. Corte:

Relator(a): Leme de Campos

Comarca: Araraquara

Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 13/12/2010

Data de registro: 21/12/2010

Outros números: 990.10.311180-0

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Indenização por danos morais e materiais - **Lesão sofrida pelo autor nas dependências da escola**

pública onde estudava - Responsabilidade do Poder Público pela integridade física e moral do estudante - Caracterizada a falha na prestação do serviço público, em razão do descumprimento do dever de guarda e vigilância sobre o aluno - Precedentes - Configurado o dano moral passível de reparação (...) Ação julgada procedente em parte na 1ª Instância - Sentença parcialmente reformada - Reexame necessário e recurso fazendário providos em parte.

Relator(a): Amorim Cantuária

Comarca: Rio Claro

Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 30/10/2012

Data de registro: 31/10/2012

Outros números: 93040220108260510

Ementa: APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. LESÃO CORPORAL SOFRIDA POR ALUNO. ACIDENTE EM BRINQUEDO DO PARQUE NO INTERIOR DE ESCOLA PÚBLICA. OMISSÃO ESPECÍFICA DO ESTADO. TIPIFICAÇÃO. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. ADMISSIBILIDADE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. 1. **A pessoa jurídica de direito público é responsável pelo ressarcimento de danos sofridos por alunos no interior de escola pública e quando ali se encontravam para atendimento de instrução ou atividades afins, salvo prova excludente do nexo entre o dano e a atividade escolar pela ocorrência de força maior ou exclusiva culpa do aluno.** 2. O ferimento experimentado pelo ofendido ao lesionar o fêmur, além de causar sequelas, causou os danos morais enseja a indenização, restando tipificada a omissão específica do Estado. APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. LESÃO CORPORAL SOFRIDA POR ALUNO. ACIDENTE EM BRINQUEDO DO PARQUE NO INTERIOR DE ESCOLA PÚBLICA. RECURSO ADESIVO. DANOS MORAIS. MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. NÃO CABIMENTO. PRESTAÇÃO IMEDIATA DO SOCORRO AO AUTOR, VÍTIMA DO ACIDENTE. VALOR ADEQUADO AOS PARÂMETROS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. APELAÇÃO DENEGADA. RECURSO ADESIVO DESPROVIDO.

Assim, sendo a hipótese, relativa a estabelecimento escolar com acolhimento de menores e, ocorrido o fato danoso nas dependências (durante o período em que a aluna está sob a guarda dos prepostos do ente público), deveria a ré, ter produzido prova de que, aquele fato não estava dentro da previsibilidade natural da fiscalização, como o caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da

Acesso ao Sumário

vítima.

Por tais razões, deve prevalecer a responsabilidade do poder público.

6. Em matéria de responsabilidade civil, verifica-se que um de seus mais importantes elementos, o seu objeto, como colocam alguns autores, é o dano.

Note-se que apesar de sempre se exigir certeza quando a existência do dano deve sempre se considerar a repercussão **prejudicial imediata** decorrente do fato e suas **consequências** ("dommage qui peut être prevu" - danos que podem ser previstos; como coloca Planiol, em seu "Traité Élémentaire de Droit Civil", ed. 1.949, vol. 2, pág. 398).

A espécie principal de dano é o patrimonial, que sempre pressupõe uma ofensa ou diminuição de valores econômicos; sendo que a sua reparação deve supor uma base de equivalência econômica, que possibilite a substituição dos bens lesados.

Porém, existe, ainda, o dano moral, que seria aquele experimentado pelo ofendido no aspecto não econômico de seus bens jurídicos (morais, éticos, sentimentais e valores ideais).

Para a fixação da indenização por dano moral, incluindo neste, os danos estéticos, devem ser consideradas a conduta e a pessoa do ofensor que causou o dano, bem como os reflexos que este causou para a vítima, além das condições pessoais dela.

Obviamente as dificuldades decorrentes da aferição e apreciação destes danos, pela inexatidão dos critérios, não podem obstar a reparação do dano moral ou torná-la algo meramente simbólico, com a fixação de indenizações meramente decorativas, pois isto seria equivalente à negativa de reparação de tais danos, com a perpetuação do desequilíbrio sócio-jurídico causado pela ofensa.

Releva notar que, no campo do processo, o dano moral em muitas situações independe de prova, podendo ser verificado e detectado simplesmente em face das conseqüências fáticas do ato danoso, ou seja, das seqüelas do acidente.

Acesso ao Sumário

Assim, alguém que perde uma perna ou um braço ou um ente querido, necessita provar apenas a perda do membro ou da pessoa estimada; sendo decorrência natural disto a ocorrência do dano moral.

No caso dos autos, verificou-se que o dano ocasionado a autora de ter perdido a visão do olho direito supera o mero cotidiano, cujo comprometimento patrimonial físico possui relevância e gravidade, evidenciando danos morais – *in re ipsa*, por serem presumíveis.

7. Com relação ao quantum reparatório, a sentença fixou os danos materiais no valor de R$ 20.000,00 e o dano moral em R$70.000,00, quantias contra as quais se insurgem os apelantes.

O laudo pericial de fls.107/113 comprova que a autora, em virtude de trauma ocular sofrido no olho direito, **teve perda de visão unilateral total e permanente**, apresentando restrições para atividades que exijam plenitude da visão bilateral e de profundidade, como dirigir veículos, **estimando-se comprometimento corporal estético moderado em 25%, em função das cicatrizes/quadro (fls.112).**

O laudo pericial concluiu:

1) Fls. 21/22 registram trauma ocular no olho direito em 19/11/2002, sendo que na documentação médica anexada inexiste descrição das circunstâncias do referido acidente.

2) Diz que atualmente exerce atividades do Lar.

3) Caracterizado déficit visual unilateral permanente. Apresenta restrições para atividades que exijam plenitude da visão bilateral, visão de profundidade por exemplo: direção de veículos.

4) Conforme a tabela da SUSEP estima-se o comprometimento patrimonial físico, perda da visão unilateral, em 30% (trinta por cento).

5) Caracterizado comprometimento estético moderado, 25%.

É certo que, considerando as condições pessoais das partes, a situação da vítima, a conduta dos prepostos da ré, o valor da condenação deve ser fixado com razoabilidade e proporcionalidade.

Conquanto os danos morais e estéticos sofridos sejam insuscetíveis de avaliação pecuniária, vez que imensuráveis, de rigor sejam reparados, ante a violação de valores morais essenciais do indivíduo.

Há que se considerar, também, o caráter punitivo dessa modalidade de reparação, motivo pelo qual se deve atentar para a justa reparação do prejuízo, sem que haja enriquecimento indevido e em desacordo com a realidade socioeconômica de quem a pleiteia.

Dessa forma, levando-se em consideração as peculiaridades do caso concreto e atento à gravidade do dano, a reprovabilidade da conduta do ente público e as circunstâncias dos fatos, de rigor a redução da indenização, para o valor de **R$ 20.000,00 mostra-se razoável e suficiente à reparação dos danos morais sofridos pela autora.**

Já em relação ao dano estético de rigor sua redução e fixação em R$ 10.000,00, corrigidos a partir desta data; sendo tal valor suficiente considerando contexto dos autos, ou seja, a condição da autora (laudo e foto do RG), a situação da ré e a conduta por eles praticada.

Deve, portanto, totalizar o valor da indenização R$ 30.000,00.

8. Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e

Acesso ao Sumário

constitucional aventada, observado que é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido analisada.

Isto posto, **conheço os recursos, mas nego provimento ao recurso da autora e dou parcial provimento ao recurso do Município,** para reduzir o valor do dano moral para R$ 20.000,00 e o valor do dano estético para R$ 10.000,00, corrigidos a partir desta data; ficando, no mais, mantida a r. sentença de fls. 122/129. Atento a regra do art. 85, § 11, do CPC, tendo a autora sucumbido em seu recurso e o Município tido êxito parcial, arcará a autora com a verba honorária de R$ 3.000,00, corrigidos a partir desta data, observada a gratuidade (fls. 27); já em relação ao Município, que também sucumbiu em parte de se recurso (pretendia a improcedência), a verba honorária fixada na r. sentença fixa majorada para 15% do valor atualizado da condenação.

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

(Voto nº 8.128)

Inicialmente, reporto-me aos termos do relatório do Voto nº 18.667 do ilustre e culto Relator sorteado, Desembargador CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI:

"Trata-se de recurso de apelação interposto por Kelly dos Santos Silva (fls. 131/135) e pela Prefeitura Municipal de Batatais (fls. 138/147) contra a r. sentença de fls. 122/129 que julgou parcialmente procedente a ação ordinária proposta por Kelly dos Santos Silva objetivando indenização por danos morais e materiais por ter sido atingida por uma pedra arremessada por outro aluno nas dependências de escola que lhe causou cegueira total do olho direito. Recorre Kelly dos Santos Silva as fls. 131/135 pela majoração das indenizações impostas. A Prefeitura, por sua vez, alega as fls. 138/147, preliminarmente, a prescrição. No mérito, afirma que no caso de omissão, prevalece a responsabilidade subjetiva da Administração; que era impossível prever a ocorrência da situação; que o dano causado a autora decorreu de culpa exclusiva de terceiros. Sustenta que não houve comprovação do nexo causal entre a omissão do Estado e a sequela da autora. Requer, por fim, a redução das indenizações. Apenas o município apresentou contrarrazões às fls. 148/150".

É o relatório.

Ouso divergir do ilustre e culto Relator, apenas no tocante aos valores das condenações referentes aos danos morais e estéticos, pois entendo que foram bem equacionados pelo V. Juízo a quo.

A r. sentença (fls. 122/1129) julgou parcialmente procedentes os pedidos desta ação indenizatória para o fim de condenar a municipalidade ré aos seguintes pagamentos: a) da quantia de R$ 20.000,00, pelos danos estéticos, corrigida

Acesso ao Sumário

desde o evento danoso e com incidência de juros de mora a partir da citação; b) e do valor de R$ 70.000,00, a título de danos morais, com correção monetária a partir da data do julgado e incidência de juros moratórios a partir da citação.

Houve recursos da autora e da municipalidade ré.

O voto do nobre Relator afastou a alegação de prescrição trienal suscitada pela municipalidade ré, para aplicação do prazo quinquenal (Decreto nº 20.910/1932, art. 1º; e julgamento do REsp 1251993/PR, pelo C. STJ no regime dos recursos repetitivos), concluindo que o ajuizamento da demanda se deu quando ainda não havia transcorrido o citado prazo prescricional, considerando que sua fluência teve início em 01.07.2010, quando a autora completou 16 anos (CC, arts. 3º e 198, I), e a ação foi proposta em 10.07.2014.

Com relação ao mérito, negou provimento ao recurso da autora e deu parcial provimento ao recurso da municipalidade, reduzindo os valores das indenizações para as quantias de R$ 20.000,00, a título de danos morais, e R$ 10.000,00, pelos danos estéticos, totalizando R$ 30.000,00.

Restou devidamente comprovado nos autos as graves lesões sofridas pela autora, que contava com apenas 8 anos à época, que resultaram na perda total de sua visão do olho direito, ocasionadas por uma pedra arremessada por outro aluno, a comprovar a negligência da municipalidade ré, por não tomar as cautelas necessárias para evitar esse infortúnio, e a falha em seu dever de vigilância, nas dependências da escola quando a autora estava sob sua custódia.

Sendo assim, a indenização pelos danos estéticos e morais, é mesmo devida.

Em relação aos danos morais, assentou-se na jurisprudência o entendimento de que estes se fundamentam no sofrimento injusto e grave. No que concerne à constatação do dano moral, tem-se que a responsabilização do agente deriva do simples fato da violação ex facto, tornando-se, portanto, desnecessária a prova de reflexo no âmbito do lesado. Contenta-se o sistema, nesse passo, com a simples causação, diante da consciência que se tem de que certos fatos atingem a esfera da moralidade coletiva, ou individual, lesionando-a. Não se cogita, mais, pois, de prova de prejuízo moral.

Assim, constata-se o dano moral pela simples violação da esfera jurídica, afetiva ou moral, do lesado e tal verificação é suscetível de fazer-se diante da própria realidade fática, pois como respeita à essencialidade humana, constitui fenômeno perceptível por qualquer homem normal.

No caso em tela, é inegável a ocorrência de danos morais sofridos pela autora, decorrente de falhas da municipalidade ré quanto ao seu dever de vigilância e falta de cautela, que possibilitou a ocorrência do infortúnio (arremesso de pedra por outro aluno), causando sofrimentos e angústias indevidas diante das graves lesões sofridas pela autora, culminando na perda de sua visão do olho

Acesso ao Sumário

direito.

No que tange ao quantum indenizatório, deve-se observar que seu arbitramento levará em conta as funções ressarcitória e punitiva da indenização e esta admitida com tranquilidade pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça[1] bem como a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, não podendo o dano moral representar procedimento de enriquecimento para aquele que se pretende indenizar.

Com efeito, a indenização do dano moral encontra base doutrinária e jurisprudencial na teoria do desestímulo à prática de nova e reiterada conduta ilícita, com intuito claro de advertir ao lesante que não mais se admite postura neste sentido, também conhecida como função punitiva da indenização (intimidativa, pedagógica e profilática); bem como no princípio da razoabilidade, arbitrando-se valor moderado, equitativo e compatível à situação econômica do ofensor e do ofendido, sem que cause a penúria do primeiro e o enriquecimento do segundo.

Ou seja, é na fixação de indenização, como forma de compreensão ao dano moral sofrido, que a equidade equilibra o valor do pedido, do que realmente se necessita e o do que se pode pagar, sempre ao arbítrio subjetivo e prudente do Julgador.

No que concerne a tal arbitramento, ressalte-se que os Tribunais pátrios têm procurado, à míngua de critérios legais para seu procedimento, valorar as situações submetidas a análise, de modo a evitar que a indenização assim concedida seja fonte de enriquecimento indevido para quem a recebe, ao mesmo tempo em que se busca desestimular o ofensor a repetir o cometimento do ilícito.

Destarte, sopesando todos esses ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais e face às peculiaridades do caso em tela, o valor da indenização deve ser razoável e proporcional.

Assevere-se, assim, que a indenização moral e estética, com o devido respeito ao entendimento do nobre Relator, deve ser mantida nos termos arbitrados pelo V. Juízo a quo, na quantia total de R$ 90.000,00 (noventa mil reais), sendo R$ 20.000,00 (vinte mil reais) pelos danos estéticos, e R$ 70.00,00 (setenta mil reais) pelos danos morais, por estar em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Menciono, nesse sentido, julgados desta Corte:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE EM ESCOLA PÚBLICA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO.

Objeção rejeitada. Acidente com aluno nas dependências do Projeto Guri,

1 STJ, AgRg no AREsp 578.903/DF, Rel. Min. MARCO BUZZI, 4ª Turma, julgado em 17.11.2015. No mesmo sentido: AgRg no REsp 1.428.488/SC, Rel. Min. SIDNEI BENETI, 3ª Turma, julgado em 27.05.2014.

que promove a inserção social de crianças e adolescentes por meio de ensino musical. Organização Social de Cultura. Manutenção de contrato de gestão com o Estado para execução do projeto cultural. Parceria entre a organização social e o poder público determina a pertinência subjetiva do Estado em relação ao objeto litigioso. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. Acidente que determina a perda da visão do olho direito de aluno nas dependências do Projeto Guri. A controvérsia gravita em torno da dinâmica dos fatos que envolveram o acidente em que o autor, à época com aproximadamente 12 anos, teve o olho direito atingido por um estilhaço de tijolo que foi arremessado por um colega em direção ao muro do pátio do Projeto Guri. Trauma como causa determinante de cegueira no olho direito do menino. Falha do serviço. A responsabilidade do Estado está escorada no dever de guarda, fiscalização e vigilância dos alunos entregues aos cuidados das escolas. Falha quanto ao dever de guarda e vigilância. Incumbia ao estabelecimento de ensino evitar que as crianças manuseassem e jogassem os tijolos no local de recreação e, sobretudo, resguardar a incolumidade física do menor que se encontrava sob sua proteção. Comprovação da dinâmica dos fatos. Repercussão moralmente danosa demonstrada. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL E ESTÉTICO. Cegueira do olho direito. Reparação dos danos morais fixada equitativamente em R$ 50.000,00. Indenização dos danos estéticos que foi razoavelmente arbitrada em R$ 50.000,00. Cumulação das indenizações. Admissibilidade. Diversidade de títulos. O dano moral não absorve o dano estético. Não se admite a cumulação apenas se o dano moral associa-se exclusivamente ao dano estético. O dano estético decorre da redução do globo ocular da criança. O dano moral deriva do sofrimento psicológico sofrido e que acompanhará a vítima ao longo da vida pela memória do acidente. Dano moral considera a gravidade do acidente. Vítima que experimenta sentimento de repulsa e vergonha diante das sequelas da lesão. Inevitabilidade da exposição da deformidade estética no olho direito. A reparação deve ser capaz de compensar ou minorar o padecimento da vítima. Incidência da Súmula 387 do STJ. Precedentes jurisprudenciais. PENSÃO VITALÍCIA. Pensionamento como forma compensação pela redução da capacidade laborativa em caráter definitivo. Conquanto a lesão não tenha determinado a invalidez permanente, o autor deverá empregar maior esforço físico exigido para o exercício de atividade laborativa. Lesão física permanente como causa impeditiva do exercício de atividades remuneradas que exijam a plenitude da visão binocular e a percepção de profundidade. Arbitramento da pensão vitalícia em 01 salário mínimo. SUCUMBÊNCIA. CPC, art. 86, parágrafo único. Autor que decaiu de parte mínima do pedido. Custas pelos requeridos. Honorários fixados em R$ 10.000,00. RECURSO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO E NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DOS RÉUS. (TJSP, Apelação 0014552-13.2009.8.26.0597, Des. Rel. JOSÉ

Acesso ao Sumário

MARIA CÂMARA JUNIOR, 8ª Câmara de Direito Público, julgamento em 21/02/2018);

Apelações Cíveis Ação Indenizatória Pretensão de adolescente, à época representada pela mãe, de indenização por danos morais, bem como de pensão vitalícia, em razão de dano sofrido nas dependências de escola pública estadual Aluna, ora apelante, que teve o olho esquerdo perfurado por guarda-chuva de colega de classe que, segundo depoimentos, contou com a omissão da professora que ministrava as aulas no momento do fato Perda total da visão deste olho, de maneira irreversível Laudos oftalmológicos e psicológicos juntados aos autos, dando suporte à decisão atacada Ocorrência de dano físico, estético e emocional Sentença que acolheu em parte os pedidos para condenar a Fazenda ao pagamento, a título de danos morais, de cem mil reais, afastando o pleito de pensão vitalícia, uma vez que não impedida totalmente sua capacidade laborativa Caso de responsabilidade subjetiva do Estado Ato omissivo de seu agente Artigo 37, § 6º, da Constituição Federal Pretensão da apelação da autora em majorar a indenização fixada, bem como de recebimento da mencionada pensão Pretensão da Fazenda da improcedência da demanda ou, alternativamente, de redução da verba indenizatória e da verba honorária Sentença mantida, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno desta Egrégia Corte Recursos desprovidos. (TJSP, Apelação/Remessa Necessária 0004465-69.2009.8.26.0347, Des. Rel. EDUARDO GOUVÊA, 7ª Câmara de Direito Público, julgamento em 18/12/2012).

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento aos recursos da municipalidade ré e da autora, mantendo-se os valores indenizatórios fixados na r. sentença, acompanhando, no mais, o judicioso voto do eminente Relator.

CARLOS VON ADAMEK, Desembargador, 2º Julgador

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1051595-03.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante VALDOMIRO VENTURA, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso, com determinação. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.057).**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VERA ANGRISANI (Presidente sem voto), LUCIANA BRESCIANI e CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI.

São Paulo, 14 de novembro de 2018.
RENATO DELBIANCO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Ação anulatória de ato administrativo Pretensão do autor, ex-servidor público do Município de São Paulo, à desconstituição de ato administrativo de demissão a bem do serviço público – Cerceamento de defesa configurado – Sentença que olvida requerimentos tempestivamente formulados pelo apelante para produção de prova – Matéria fática que necessita ser esclarecida e poderia alterar a sorte da demanda – *Error in procedendo* caracterizado – Nulidade da sentença que se impõe por afrontar o direito constitucional à ampla defesa, consagrado no art. 5.º, inciso LV, da Lei Maior – Apelo provido para tal finalidade – Preliminar acolhida – Prejudicada a análise do mérito recursal.

VOTO

Trata-se de apelação interposta nos autos da ação anulatória de ato administrativo, objetivando desconstituir demissão a bem do serviço público imposta a servidor público municipal, julgada **improcedente** pela r. sentença de fls. 650/655.

Sustenta o autor (fls. 659/678), preliminarmente, a ocorrência de cerceamento de defesa, porquanto olvidou o Juízo *a quo* a respeito de requerimentos para produção de prova em audiência, em ofensa ao disposto no art. 5.º, inciso LV, da Constituição Federal. Quanto ao mérito, alega ser possível ao Poder Judiciário anular ato demissório praticado pela Administração Pública quanto verificar, da análise do conjunto probatório, que a decisão:(i) é teratológica; (ii) não respeita a proporcionalidade ou razoabilidade; (iii) a motivação seja falsa ou incorreta; (iv) a decisão ou o procedimento apresentam vícios de legalidade. Argumenta que, pelas imagens gravadas em câmera, não é possível afirmar que o apelante tenha efetivamente agredido o estudante, bem como que houve desistência dos representantes legais deste quanto à continuidade do processo criminal, além de o laudo de lesão corporal não apontar qualquer indício de agressão. Afirma que se encontrava em desvio de função e, portanto, não tinha o preparo suficiente para lidar com menores e que possui 35 anos de serviço público, durante os quais não possui nenhum antecedente de desentendimento com alunos ou colegas. Assevera que a aplicação da pena máxima ao caso, qual seja a de demissão, ofende o princípio da razoabilidade.

Acesso ao Sumário

Vieram contrarrazões (fls. 682/692).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Cuida-se de ação anulatória ajuizada por Valdomiro Ventura, ex-servidor do Município de São Paulo/SP, demitido em virtude de suposta agressão física a um aluno da rede pública de ensino municipal, objetivando desconstituir o ato administrativo de demissão a bem do serviço público.

A r. sentença houve por bem julgar improcedente a pretensão deduzida sob o fundamento fulcral de que não cabe ao Poder Judiciário se imiscuir na esfera de discricionariedade da Administração.

Não se olvida que ao Poder Judiciário é vedado atuar como revisor ou via recursal de decisões proferidas em procedimento administrativo, porquanto não lhe cabe avaliar a justiça do julgamento, mas, apenas e tão- somente, apreciar a ocorrência de possível ilegalidade ou ilegitimidade no ato impugnado, sob pena de se ofender outro não menos importante princípio do nosso ordenamento, qual seja o da separação dos poderes (art. 2.º).

Contudo, em que pese tal entendimento, não se pode tolher o direito de um servidor buscar ilidir em Juízo a presunção de legalidade e veracidade do ato administrativo, mormente quando a prática do ato que teria dado causa à sua demissão não esteja estreme de dúvidas, de modo a ensejar questionamento a respeito da proporcionalidade da medida imposta frente à conduta.

Ora, ao que se infere dos autos, o apelante teria especificado, além da petição inicial (fl. 16), a necessidade de produzir prova testemunhal em outras três oportunidades durante a instrução (fls. 573, 609/612 e 645/649). Tal pretensão restou olvidada pelo Juízo a quo ao argumento de que a ação comportaria julgamento antecipado, nos termos do art. 355, inciso I, do Código de Processo Civil, em função de as provas trazidas aos autos serem suficientes ao deslinde da demanda.

Ocorre que as provas constantes dos autos consistem em depoimentos prestados no âmbito administrativo disciplinar sem o crivo do contraditório (fls. 58/87), além de uma mídia digital, depositada nos autos pela Municipalidade apelada, com imagens sem muita clareza quanto à suposta agressão (fls. 639). Some-se a isso o fato de que, no âmbito criminal, o exame de corpo de delito não teria encontrado evidências de lesões corporais (fl. 36), bem como que os representantes legais manifestaram desinteresse em prosseguir com a representação ofertada perante a autoridade policial, tendo o órgão ministerial pugnado pelo arquivamento da ação por falta de interesse de agir (fl. 37), e se tem por realmente necessária a retomada da instrução processual para melhor esclarecer o ocorrido. Sem sobra de dúvidas, trata-se de matéria fática que necessita ser esclarecida e poderia alterar a sorte da demanda.

Acesso ao Sumário

Com efeito, paira sobre os fatos dúvida a respeito da ocorrência ou não de grave conduta atribuída ao servidor público (agressão a aluno menor de idade), não se podendo admitir que, a pretexto de não se imiscuir da esfera de discricionariedade da Administração, possa o Poder Judiciário referendar a tomada de tão drástica medida (demissão a bem do serviço público) sem oportunizar à parte que tempestivamente requereu – e satisfatoriamente justificou a necessidade – produção de provas.

Com isso, não há como não se reconhecer a nulidade do provimento jurisdicional ora combatido por afrontar o direito constitucional à ampla defesa, consagrado no art. 5.º, inciso LV, da Lei Maior, consoante já decidiu esta C. Corte em sede de ação rescisória:

> *AÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA RESCINDENDA PROFERIDA SEM REALIZAÇÃO DE PERÍCIA - REQUERIMENTO EXPRESSO NA PREFACIAL PARA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA, RATIFICADA NOS MEMORIAIS - VIOLAÇÃO LITERAL AO ARTIGO 5º, LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - CERCEAMENTO DE DEFESA - OCORRÊNCIA - AFRONTA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA MAIS AMPLA DEFESA CARACTERIZADA. Rescisão da r. sentença de primeiro grau, determinando-se a reabertura da fase de instrução processual, com o devido processamento do feito no juízo de origem. Pedido procedente.* (TJSP - 16. Câmara de Direito Público - Ação Rescisória nº 0077635-77.2011.8.26.0000 - Rel. Des. MEYER MARINO - j. 18.12.12).

Destarte, a preliminar suscitada, de ocorrência de cerceamento de defesa, merece ser albergada, porquanto a r. sentença olvidou requerimentos formulados, tanto na petição inicial (fls. 16) quanto, após ser instada a especificar provas, para a produção de prova em audiência (fls. 573, 609/612 e 645/649), tendo o Juízo *a quo* incorrido em flagrante *error in procedendo*.

Prejudicada a análise do mérito recursal.

Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional aventada, observado que é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido analisada.

Assim posta a questão, pelo meu voto, **dou provimento** ao recurso para o fim de se anular a r. sentença e determinar ao Juízo *a quo* proceda à dilação instrutória do feito, conforme requerido pelo apelante, albergando-se a preliminar de cerceamento de defesa suscitada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000423-

65.2015.8.26.0185, da Comarca de Estrela D'Oeste, em que é apelante AMARILDO GONÇALVES DA SILVA, são apelados PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO JOÃO DAS DUAS PONTES e ADIRCEU ANTONIO ALMEIDA.

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 17.373)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TORRES DE CARVALHO (Presidente) e ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 22 de outubro de 2018.

PAULO GALIZIA, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. Município de São João das Duas Pontes. Esposa do autor que sofreu mau súbito e veio a falecer sendo declarada como sua "causa mortis" "choque cardiogênico, fibrilação ventricular, infarto agudo do miocárdio". Alegação de que a demora de vinte minutos entre a chegada da esposa do autor no Posto de Saúde Municipal e a localização da ambulância e seu transporte até a Santa Casa de Fernandópolis teria configurado omissão que ensejou a perda de uma chance de sobrevivência da paciente. Teoria da Perda de uma chance. Necessidade de demonstração de uma chance concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou sofrer um prejuízo e de que a ação ou omissão do agente defensor tenha nexo causal com a perda da oportunidade de exercer a chance (sendo desnecessário que esse nexo se estabeleça diretamente com o objeto final). Precedentes do E. STJ. Decurso de prazo de vinte minutos no atendimento do transporte pela ambulância municipal que não foi comprovado como fator diretamente relacionado à diminuição das chances de sobrevivência da autora. Conduta omissiva digna de reprovação. Inocorrência. Dever de indenizar não caracterizado. Sentença de improcedência mantida.

Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de recursos de apelação interpostos contra a r. sentença de fls. 224/226, cujo relatório se adota, que JULGOU IMPROCEDENTE a ação e condenou o autor ao pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios de 15% sobre o valor da causa, observada a concessão da justiça gratuita.

Irresignado, recorre o autor. Aduz, em apertada síntese, que ao contrário do entendimento exteriorizado pelo magistrado, foi demonstrado o nexo de causalidade entre a falha na prestação do serviço de atendimento médico ou socorro de pacientes, por meio de ambulância pelo Município, com a morte de sua esposa, Marcia Aparecida Pereira dos Santos.

Relata que no dia 02 de julho de 2013, durante a madrugada sua esposa começou a passar mal, referindo fortes dores no peito e que, ato contínuo, tentou solicitar socorro ao SAMU, mas não obteve êxito em virtude da precariedade do sinal de telefonia celular na Vila Aparecida, em sua residência, na ocasião.

Afirma que pediu socorro ao padrasto de sua esposa, que conduziu-os de automóvel até o Pronto Socorro de São João das Duas Pontes, que se encontrava fechado e continha uma placa indicando o telefone do motorista da ambulância que estava de plantão naquele dia.

Não conseguiu estabelecer contato telefônico com o motorista da ambulância, razão pela qual o padrasto de sua esposa dirigiu-se ao Grupamento da Polícia Militar próximo ao Pronto Socorro e foram levados à residência do Sr. Adirceu, motorista da ambulância, que era conhecido pelos policiais e que estava dormindo e com o celular desligado.

Salienta que da chegada ao Pronto Socorro de São João das Duas Pontes até a localização do motorista da ambulância decorreram vinte minutos (das 00:40h à 01:00h) e, finalmente, a paciente foi levada ao Pronto Socorro da Santa Casa de Fernandópolis onde entrou em óbito sendo declarada como "causa mortis" "choque cardiogênico, fibrilação ventricular, infarto agudo do miocárdio" (fls. 24 e 25).

Entende que a morte de sua esposa deveu-se à negligência do Município quanto ao dever de prestar atendimento médico ou, pelo menos, a imediata remoção de pacientes graves para outro hospital em ambulância.

Destaca que o Sr. Adirceu, motorista da ambulância, deveria estar em prontidão e não dormindo em sua residência e com o telefone desligado. Pontua que a demora na prestação do socorro à sua esposa no dia 02/07/2013 colaborou para o óbito, pois se o motorista tivesse atendido de imediato o chamado "poderia ter a chance de salvar a vida da Sra. Márcia." (fls. 235)

Postula indenização por danos morais com base na perda de uma chance de sobrevivência de sua esposa caso tivesse sido prontamente atendida ou

Acesso ao Sumário

conduzida a outro hospital, e na dor e sofrimento causados pela perda da mãe de sua filha.

Assenta que "na hipótese dos autos, não obstante não seja possível estabelecer o nexo de causal entre a falha na prestação dos serviços e o óbito da esposa do Apelante, não se pode olvidar que a falta de atendimento apropriado suplantou a chance de sobrevida. Com efeito, o nexo de causalidade não advém do evento morte, mas sim do defeito do serviço disponibilizado pelos Apelados, peculiaridade que retardou por relevante tempo a chance de atendimento tempestivo e eficaz da esposa do Apelante." (fls. 237)

Ressalta que a perda de uma chance de cura ou sobrevida é tratada como um bem juridicamente protegido, "cuja privação importa no dever de indenizar", pois frustrada uma chance de sobrevida, devida é a reparação por danos morais e materiais. (fls. 237)

Pondera que o fato de sua esposa ter sido submetida a uma cirurgia de correção de comunicação interarterial, procedimento médico considerado de risco baixo realizado aos 05/05/2013 sem qualquer intercorrência, não pode ser considerada circunstância relacionada ao mau súbito que a acometera, pois a paciente obteve alta hospitalar aos 11/05/2013 e alta ambulatorial no retorno pós-cirúrgico de 28/05/2013.

Pleiteia o provimento do recurso e a reforma da r. sentença (fls. 229/240).

Contrarrazões às fls. 247/258 e 260/267.

É O RELATÓRIO.

AMARILDO GONÇALVES DA SILVA ajuizou ação de indenização por danos morais e materiais contra a PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO JOÃO DAS DUAS PONTES e ADIRCEU ANTONIO DE ALMEIDA objetivando a condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 200.000,00, danos emergentes no valor de R$ 2.000,00 e danos materiais sob a forma de pensão vitalícia no valor equivalente a um salário mínimo a partir do óbito, devidos até a data em que a Sra. Marcia Aparecida Pereira dos Santos completaria 65 anos de idade (21/04/2047).

É incontroverso que a Sra. Marcia Aparecida Pereira dos Santos, sentindo-se mal, fora transportada de ambulância do município de São João das Duas Pontes para a Santa Casa de Misericórdia de Fernandópolis onde faleceu no dia dois de julho de dois mil e treze a 01:30h da madrugada, registrando-se como causa de sua morte "choque cardiogênico, fibrilação ventricular, infarto agudo do miocárdio". (fls. 25)

O autor alega que a demora na prestação do socorro à sua esposa colaborou para a morte da paciente, retirando-lhe uma chance de sobreviver na hipótese de transporte imediato de ambulância do Posto de Saúde de São João das Duas Pontes e a Santa Casa de Misericórdia de Fernandópolis, fundamentando o seu

pedido indenizatório na teoria da perda de uma chance. (fls. 05)

Demonstrado o dano, a questão controvertida reside da existência ou não de nexo de causalidade entre a conduta dos réus e a perda de uma chance de evitar a morte da vítima.

Glenda Gonçalves Gondim discorrendo sobre a teoria da perda de uma chance destaca a incerteza do nexo causal em que se aplica esta teoria, de sorte que "o nexo causal deverá ser abordado considerando que sem a conduta do ofensor o dano seria evitado, ou com a conduta deste, ocorreria o ganho."[1]

A responsabilidade civil pela perda de uma chance foi analisada pelo E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1677083/SP de relatoria do Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, como adiante se verifica:

> "No estudo da responsabilidade civil, também se consagrou, tanto na doutrina quanto na jurisprudência desta Corte Superior, a teoria da perda de uma chance, de origem francesa (perte d'une chance), normalmente invocada nas hipóteses de difícil ou impossível comprovação do liame causal entre o fato imputado ao agente e o dano final.
>
> A respeito do tema, Rafael Peteffi da Silva esclarece que
>
> "(...) a impossibilidade de se provar que a perda da vantagem esperada (dano final) é a consequência certa e direta da conduta do réu faz com que o operador do direito passe a lançar mão de estimativas e probabilidades. Como tais estimativas podem ser medidas com certo grau de precisão, a ciência jurídica vem aceitando a reparação da perda de uma chance, ora como espécie típica de dano, ora como utilização pouco ortodoxa do nexo de causalidade." (Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2013, pág. 115)
>
> **A teoria da perda de uma chance comporta duplo viés, ora justificando o dever de indenizar em decorrência da frustração da expectativa de se obter uma vantagem ou um ganho futuro, desde que séria e real a possibilidade de êxito (perda da chance clássica), ora amparando a pretensão ressarcitória pela conduta omissiva que, se praticada a contento, poderia evitar o prejuízo suportado pela vítima (perda da chance atípica).**
>
> A existência dessas duas vertentes da mencionada teoria fica bem esclarecida na obra de Fernando Noronha:
>
> "(...) 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

1 GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade Civil: Teoria da Perda de uma Chance. In: Doutrinas essenciais Responsabilidade Civil. Direito Fundamental à Saúde. Vol. V. NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade (organizadores). São Paulo, RT: 2010, p. 492.

foi irreversivelmente interrompido por um determinado fato antijurídico (...), por isso ficando a oportunidade irremediavelmente destruída (ainda que, como veremos na sequência, se fique sem saber se o benefício esperado teria ocorrido efetivamente, caso não tivesse havido a interrupção do processo). 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. No primeiro caso, em que estava em curso um processo vantajoso e este foi interrompido, poderemos falar em frustração da chance de obter uma vantagem futura; no segundo, em que estava em curso um processo danoso que podia ter sido interrompido e não foi, falaremos em frustração da chance de evitar um prejuízo efetivamente ocorrido." (Direito das obrigações. 4. ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2013, págs. 695-696)

Na prestação de serviços médico-hospitalares, tem sido recorrente a aplicação da teoria da perda de uma chance na modalidade atípica, valendo destacar, a propósito, a sempre precisa lição de Cavalieri Filho:

"(...) Aplicada à atividade médica, a teoria ficou conhecida como teoria da perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, em que o elemento que determina a indenização é a perda de uma chance de resultado favorável no tratamento. O que se perde, repita-se, é a chance da cura e não a continuidade da vida. A falta, destarte, reside em não se dar ao paciente todas as chances de cura ou de sobrevivência. Em última instância, o problema gira em torno do nexo causal entre a atividade médica (ação ou omissão) e o resultado danoso consistente na perda da chance de sobrevivência ou cura. A atividade médica, normalmente omissiva, não causa a doença ou a morte do paciente, mas faz com que o doente perca a possibilidade de que a doença possa vir a ser curada. Se o paciente, por exemplo, tivesse sido internado a tempo ou operado imediatamente, talvez não tivesse falecido. A omissão médica, embora culposa, não é, a rigor, a causa do dano; apenas faz com que o paciente perca uma possibilidade. Só nesses casos é possível falar em indenização pela perda de uma chance. Se houver erro médico e esse erro provocar ab origene o fato de que decorre o dano, não há que se falar em perda de uma chance, mas, em dano causado diretamente pelo médico." (ob. cit., pág. 104 - grifou-se)

Em confronto com parte da doutrina estrangeira citada em seu voto, que enxerga a teoria da perda de uma chance como um processo de mitigação do nexo causal, por isso de questionável aplicação, ponderou a Ministra Nancy Andrighi que

"(...) a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da mitigação do nexo causal. A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final.

Acesso ao Sumário

Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou a paciente." (destaque do original)

Esse modo de pensar põe de lado a controvérsia existente quanto à caracterização do nexo causal entre a conduta médica (comissiva ou omissiva) e o resultado danoso, pois considera a chance perdida um bem jurídico autônomo, passível de ser indenizado se indevidamente subtraído de seu titular.

Ao final, destacou a ilustre Ministra:

"(...) para poder aplicar a Teoria da Perda da Chance, necessário se faz observar a presença: (i) **de uma chance concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou sofrer um prejuízo**; (ii) que a ação ou omissão do defensor tenha nexo causal com a perda da oportunidade de exercer a chance (sendo desnecessário que esse nexo se estabeleça diretamente com o objeto final); (iii) atentar para o fato de que o dano não é o benefício perdido, porque este é sempre hipotético."

(...)

Ademais, esse é um daqueles casos em que o bom senso e a ponderação, próprios à realização de um juízo de razoabilidade, devem preponderar sobre fórmulas hipotéticas ou regras eminentemente teóricas, de modo a garantir uma prestação jurisdicional justa.

Registra-se, ainda, apenas para impedir a aplicação indiscriminada da teoria da perda de uma chance a hipóteses nas quais ela não deve incidir, que "a apreciação do erro de diagnóstico por parte do juiz deve ser cautelosa, com tônica especial quando os métodos científicos são discutíveis ou sujeitos a dúvidas, pois nesses casos o erro profissional não pode ser considerado imperícia, imprudência ou negligência" (REsp nº 1.622.538/MS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/3/2017, DJe 24/3/2017)." (REsp 1677083/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 20/11/2017) (grifo meu)

Salienta que da chegada ao Pronto Socorro de São João das Duas Pontes até a localização do motorista da ambulância decorreram vinte minutos (das 00:40h à 01:00h, do dia 02/07/2013) e, finalmente, a paciente foi levada ao Pronto Socorro da Santa Casa de Fernandópolis onde entrou em óbito aos 02/07/2013, a 01:30h, sendo declarada como "causa mortis" "choque cardiogênico, fibrilação ventricular, infarto agudo do miocárdio" (fls. 24 e 25).

Importa analisar se a postura adotada pela Municipalidade na prestação de socorro à paciente configura conduta omissiva e digna de juízo de reprovação.

O autor relata que tentou acionar o serviço SAMU, mas não teria obtido êxito por ter não ter conseguido estabelecer contato telefônico, em virtude da oscilação do sinal de telefonia celular no local de sua residência, circunstância

Acesso ao Sumário

sobre a qual a Municipalidade não tinha meios de interferir.

Ainda na hipótese de êxito no acionamento do SAMU não se pode precisar se o socorro chegaria à casa da vítima em menos de vinte minutos, tempo que segundo consta dos autos corresponderia à espera entre o momento da chegada ao Posto de Saúde de São João das Duas Barras e o atendimento pela ambulância, que se encontrava na residência do motorista de plantão, e disponibilizada para o transporte de pacientes para os hospitais mais próximos.

Tendo a autora chegado ao Posto de Saúde às 00:40h dia 02/07/2013, sendo socorrida pela ambulância a uma hora da manha e entrado em óbito a 01:30h do referido dia 02/07/2013, constata-se que houve o decurso de 50 minutos entre sua chegada à unidade e saúde municipal, sua entrada na Santa Casa de Misericórdia de Fernandópolis e a declaração de seu óbito.

Conferida às partes a oportunidade de especificação de provas, o advogado da autora não requereu a expedição de ofício à Santa Casa de Misericórdia de Fernandópolis e não trouxe aos autos qualquer relatório da instituição em comento descrevendo o estado da autora ao ser recebida para atendimento.

A testemunha Denilton Custódio Leite, policial militar que estava de serviço no dia dos fatos, relatou que o Posto de Saúde fecha à noite, que havia placa com o nome do "ambulanceiro" e o celular para contato e que a vítima estava aparentemente desmaiada.

Consoante cópia de prontuário médico, a Sra. Márcia Aparecida Pereira dos Santos foi submetida a procedimento cirúrgico cardiológico para correção de comunicação interatrial, aos 05/05/2013, às 08:16h (fls. 170), no Hospital de Base de São José do Rio Preto, tendo sido admitida em UTI aos 06/05/2013 às 02.53h, sofrendo um episódio de fibrilação ventricular, passando por medidas de reestabilização cardíaca, conforme histórico de admissão na UTI:

> "Paciente de 36 anos, internada eletivamente para cirurgia de correção de CIA, procedimento que ocorreu hoje sem maiores intercorrências, com tempo de CEC 40 min, porém retornando a CEC por mais 15 min após episódio de fibrilação ventricular (6 choques, acompanhado de Adrenalina e Lidocaína 10 ml), retornando após medidas com ritmo sinusal. (...)" (fls. 173)

A paciente, já tinha sofrido um episódio de fibrilação ventricular, intercorrência que consta da descrição de sua "causa mortis" ("choque cardiogênico, fibrilação ventricular, infarto agudo do miocárdio") e que segundo literatura especializada, "A Fibrilação ventricular é a contração incoordenada do miocárdio em consequência da atividade caótica de diferentes de grupos de fibras miocárdicas, resultando na ineficiência total do coração em manter um rendimento de volume sanguíneo adequado. É a arritmia mais comumente

Acesso ao Sumário

responsável pela morte súbita (75 - 80%).”[2]

Ora, evidencia-se que a paciente já tinha sofrido arritmia cardíaca grave, aos 06/05/2013, após o procedimento cirúrgico cardiológico para correção de comunicação interatrial, realizado aos 05/05/2013, e veio a falecer menos de dois meses depois, a 01:30h do dia 02/07/2013, acometida novamente por fibrilação ventricular.

Não se tem elementos para mensurar a distância entre a residência da falecida e o Posto de Atendimento Médico procurado e, tampouco, o tempo gasto nesse trajeto, o que torna mais frágil o argumento de que os vinte minutos passados entre a chegada à Unidade de Saúde e o transporte via ambulância teriam sido o fator determinante e para sua morte e causador da perda de uma chance de sobrevivência para a Sra. Marcia Aparecida.

À luz das considerações tecidas pelo E. STJ, é possível associar a pretensão formulada nos autos à perda de chance atípica, cuja pretensão indenizatória se embasa na conduta omissiva que, se praticada a contento, poderia evitar o prejuízo suportado pela vítima.

Não é plausível imputar ao decurso de um período de vinte minutos entre a chegada da autora no Posto de Saúde e seu atendimento pela ambulância do município, pois, havendo relato testemunhal de que a autora parecia desacordada, e, diante da gravidade da fibrilação ventricular e seu alto índice como causa de morte súbita, o autor, ao deixar de trazer aos autos relatório do atendimento médico prestado na Santa Casa de Fernandópolis, não comprovou os fatos constitutivos de seu direito, quais sejam, a ocorrência de omissão ou demora excessiva no atendimento pela ambulância e as reais e concretas chances de sobrevivência da paciente, caso tivesse sido socorrida de imediato.

Em tais condições, mantenho a improcedência da ação e, diante da sucumbência recursal, majoro os honorários advocatícios de 15% para 17% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, § 11 do NCPC.

Pelo meu voto, NEGO PROVIMENTO ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000820-41.2018.8.26.0464, da Comarca de Pompéia, em que é apelante LUIZ OTAVIO CORRADI LEAL - ME, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE POMPÉIA.

2 ARAUJO, Karina Aparecida; JACQUET, Priscila; SANTOS, Sandra Souza; ALMEIDA, Vanessa e NOGUEIRA, Soraia. **Reconhecimento da para da cardiorrespiratória em adultos: nível de conhecimento dos enfermeiros de um pronto-socorro municipal da cidade de São Paulo**. Revista Inst Cienc Saúde 2008; 26 (2): 183-90. Disponível em: (Endereço eletrônico constante do texto original).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Não conheceram do recurso e determinaram a remessa dos autos para redistribuição. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.004)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 23 de novembro de 2018.

FRANCISCO BIANCO, Relator

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO – COMPETÊNCIA – MANDADO DE SEGURANÇA – DIREITO ADMINISTRATIVO – REVOGAÇÃO DE DOAÇÃO DE BEM IMÓVEL EM RAZÃO DO DESCUMPRIMENTO DO ENCARGO – CONSTRUÇÃO DO PARQUE INDUSTRIAL – PREVENÇÃO DA C. 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DESTE E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1. Competência preventa da C. 13ª Câmara de Direito Público, deste E. Tribunal de Justiça, para conhecer e julgar a presente lide, tendo em vista o julgamento anterior do recurso de agravo de instrumento nº 2821151-76-66.2018.8.26.0000. 2. Inteligência do artigo 105 do RITJSP. 3. Recurso de apelação, apresentado pela parte impetrante, não conhecido, com a determinação de redistribuição dos autos à C. 13ª Câmara de Direito Público, deste E. Tribunal de Justiça.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação, interposto contra a r. sentença de fls. 150/153, de relatório adotado, que denegou a ordem impetrada em mandado de segurança, objetivando a nulidade do Decreto Municipal nº 5.105/18, que revogou a doação realizada à parte impetrante, do lote nº 46, da quadra B, do Distrito Industrial IV. Custas, na forma da legislação pertinente, sem a imposição dos honorários advocatícios decorrentes da sucumbência, nos termos do artigo 25 da Lei Federal nº 12.016/09.

A parte impetrante postulou a inversão do resultado inicial da lide, sustentando, em síntese, o cumprimento do encargo estipulado no Decreto Municipal nº 4.720/15, que instituiu a doação do bem imóvel para a construção

do Parque Industrial, instalação e desenvolvimento das respectivas atividades.

O recurso de apelação, tempestivo, preparado, foi recebido no efeito meramente devolutivo, com respostas.

É o relatório.

O recurso de apelação, apresentado pela parte impetrante, não comporta conhecimento, em razão da incompetência desta E. 5ª Câmara de Direito Público.

Pois bem. Os elementos constantes dos autos demonstram que a C. 13ª Câmara de Direito Público, deste E. Tribunal de Justiça está com a competência preventa para conhecer e julgar a presente lide, tendo em vista o julgamento anterior do recurso de agravo de instrumento nº 282115176-66.2018.8.26.0000, Rel. o Ilustre Des. Borelli Thomaz (fls. 174).

Assim, considerando que a pretensão deduzida na petição inicial está diretamente relacionada ao objeto do referido e v. aresto, é inexorável que o recurso de apelação deve ser apreciado pelo mesmo e C. Órgão Jurisdicional, por força do disposto no artigo 105 do Regimento Interno, deste E. Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:

> *"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."* (destaques acrescidos)

Finalmente, é relevante consignar que a redistribuição do feito àquele e E. Órgão Julgador é recomendável, inclusive, para evitar a ocorrência de decisões jurisdicionais conflitantes e que poderiam acarretar prejuízo ao eventual direito material debatido pelas partes litigantes.

Ante o exposto, **NÃO SE CONHECE** o recurso de apelação, apresentado pela parte impetrante, determinando-se a redistribuição dos autos à C. 13ª Câmara de Direito Público, deste E. Tribunal de Justiça, com as homenagens de estilo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1053464-98.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante VALDECI DA PAZ CORREIA, são apelados PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e COMPANHIA METROPOLITANA DE HABITAÇÃO DE SÃO PAULO - COHAB.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.420)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente sem voto), OSCILD DE LIMA JÚNIOR e AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 5 de novembro de 2018.

JARBAS GOMES, Relator

Ementa: MORADIA – Auxílio-aluguel. Benefício previsto pela Portaria nº 131/SEHAB/2015. Conjunto probatório que possibilita constatar o preenchimento dos requisitos exigidos para a obtenção do benefício provisório. Sentença reformada.
RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de ação ordinária ajuizada por "*VALDECI DA PAZ CORREIA*" contra a "*PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO*" e a "*COMPANHIA METROPOLITANA DE HABITAÇÃO - COHAB*" objetivando a concessão de alternativas de atendimento habitacional provisório até que seja contemplada com moradia definitiva, nos termos em que previstos na Portaria 131/2015 - SEHAB.

A r. sentença de fls. 270-278, cujo relatório se adota, julgou improcedente o pedido.

Inconformada, apela a autora pleiteando a reforma do "*decisum*" (fls. 300-317).

O recurso foi processado, sobrevindo apenas as contrarrazões da COHAB (fls. 323-325), deixando a Municipalidade transcorrer "*in albis*" o prazo que lhe foi conferido para esse fim (fls. 329).

É o breve relato.

O recurso comporta provimento.

Inicialmente, mostra-se inadmissível o Poder Judiciário compelir a CDHU ou a própria Municipalidade ao fornecimento de unidade habitacional para a autora, sob pena de violação ao princípio da tripartição dos Poderes e indevida ingerência do Judiciário sobre o Executivo, notadamente porque se trata de política habitacional e social inserida na esfera discricionária da administração.

No entanto, a situação jurídica apresentada pela parte autora em sua inicial não está jungida à obtenção de moradia popular, mas ao auxílio-aluguel,

Acesso ao Sumário

hipótese distinta.

Nesse particular, a Portaria 131/SEHAB/2015 (*editada com amparo nas Leis Municipais 16.050/2014 e 15.764/2013 e Decreto Municipal nº 51.653/2010*) estabelece alternativas de atendimento habitacional provisório às famílias que se encontrem em extrema vulnerabilidade e necessitem de recursos complementares para cobrir parte das despesas de moradia.

Consta, ainda, da referida Norma que a situação de extrema vulnerabilidade se configura em famílias com insuficiência de renda para cobrir as despesas com moradia (*renda mensal familiar de até R$ 2.400,00 – artigo 8º*) e que se tenham pessoas portadoras de deficiência ou com doenças crônicas graves ou, ainda, sob a chefia de mulher em situação de violência doméstica (artigo 2º, §3º, alíneas "b" e "c").

O conjunto probatório coligido permite aferir, com a certeza necessária que a autora preenche os requisitos necessários para a obtenção do aludido benefício, porquanto é mãe de criança de 10 anos e se tornou incapacitada para o trabalho em decorrência de abuso sexual (*doença crônica grave – transtorno de depressão – e vítima de violência doméstica*), cujos vencimentos mensais não atingem o limite estabelecido na aludida Portaria Municipal e não são suficientes para custear as despesas com a moradia.

Importante sublinhar, por necessário, que a Municipalidade apenas contestou o pedido inicial e no que tange à concessão do benefício previsto na Portaria nº 131/SEHAB/2015 se limitou a dizer que " *(...) tem contornos de liberalidade, em atenção aos ditames da Justiça Social (...)*".

Ora, ao contrário do que sustenta a Municipalidade, o deferimento ao benefício não é ato discricionário, mas vinculado ao preenchimento dos requisitos exigidos pela legislação em vigor e que envolvem direitos e responsabilidades de ambas as partes, cuja fiscalização compete à Administração.

Ademais, a mera arguição de "*falta de verba*" para a implantação do benefício não pode servir de fundamento para o indeferimento do benefício, mormente porque não juntou aos autos qualquer prova, ainda que indiciária, nesse sentido.

Curial, pois, a reforma da r. sentença apelada, para o fim de conceder à autora o direito ao benefício do auxílio aluguel previsto na Portaria 131/SEHAB/2015, devendo a Municipalidade dar fiel cumprimento ao procedimento contido na aludida norma, sem prejuízo de futura suspensão ou interrupção do benefício (temporário) por futura verificação da cessação dos requisitos autorizadores e/ou descumprimento do beneficiário de suas obrigações.

Isto posto, dá-se provimento ao recurso, nos termos retro especificados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1010459-27.2018.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante VITORIA ALVES DO AMPARO SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE GUARULHOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.668)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BANDEIRA LINS (Presidente), ANTONIO CELSO FARIA e PONTE NETO.

São Paulo, 28 de novembro de 2018.

BANDEIRA LINS, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Pedido de anulação de notificação emitida pela Prefeitura para a desocupação da área onde a impetrante reside, consoante decisão proferida em ação civil pública. Ato que não decorre do poder de polícia do Município, mas do provimento jurisdicional que o condenou. Ausência de coação ilegal. Incogitável a possibilidade de se levar a efeito a prestação cominada alternativamente. Estudo das condições para que se preserve a ocupação da impetrante carecedor de dilação probatória, incompatível com a via processual eleita. Recurso desprovido.

VOTO

Acesso ao Sumário

Trata-se de Apelação de **Vitoria Alves do Amparo Santos** contra a r. sentença de fls. 52/53, que indeferiu a inicial do mandado de segurança impetrado em face de *Luiz Henrique Mertez*, em que pleiteia a cassação da notificação emitida pela autoridade coatora a fim de dar cumprimento a ordem judicial, e que impôs prazo para que a apelante desocupasse o imóvel.

A impetrante recorre, postulando liminarmente a antecipação dos efeitos da tutela. Afirma que seria legítima possuidora do imóvel que constitui sua residência. Pondera que a ordem judicial emitida na ação civil pública prevê forma alternativa de cumprimento, em que não seria necessária a remoção dos moradores. Noticia que ajuizou ação de usucapião, o que corroboraria o fato de

que a intervenção pretendida pelo Município configuraria turbação (fls. 56/63).

Contrarrazões a fls. 81/87.

É o relatório.

Presentes os requisitos de admissibilidade, recebo o recurso, nos termos do artigo 14 da Lei Federal nº 12.016/09.

O apelo, todavia, não comporta provimento.

A autoridade impetrada é Agente de Fiscalização pertencente à Secretaria de Habitação do Município de Guarulhos, o qual subscreveu a Notificação nº 22/2018 de fls. 27. Nesta, comunicou-se à impetrante a situação irregular da área onde se localiza sua residência, determinando-se a desocupação e demolição do imóvel construído, em trinta dias, sob pena de execução forçada.

Não se trata, contudo, de medida tomada pelo Município em exercício de seu poder de polícia; mas sim de cumprimento, pelo Ente Público, de sentença que o condenou a promover a desocupação da área proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 0010507-47.2011.8.26.0224 (fls. 32/44), de cujo dispositivo se transcreve excerto:

> *"Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO em face do MUNICÍPIO DE GUARULHOS para condenar o réu nas seguintes obrigações de fazer: 1) reparação dos danos urbanísticos, mediante regularização do uso e da ocupação do solo, pertinentes ao assentamento descrito na petição inicial: a) em caráter principal, por meio de remoção dos ocupantes da área descrita na petição inicial, proporcionando-lhes moradia condigna em local apropriado sem restrições ambientais, urbanísticas e legais no prazo de um ano; b) caso não haja possibilidade, devidamente comprovada, de se cumprir o item 'a)', alternativamente por meio de urbanização do núcleo habitacional, com a manutenção dos ocupantes atuais (...), no prazo de um ano, eliminando de forma definitiva o risco hoje existente; (...)"*

Dessa forma, subsistem os fundamentos expendidos pela r. sentença, os quais se incorporam ao presente Voto como razões de decidir, na forma do artigo 252 do Regimento Interno desta Corte:

> *"Ocorre que a referida sentença condenou o réu (Município de Guarulhos) a, entre outras coisas, remover os ocupantes das áreas descritas na petição inicial daquela ação, a saber, Rua Palmira Rossi, inclusive, de modo que, uma vez condenado a fazer, outra alternativa não resta ao réu, senão cumprir a ordem.*
>
> *No que concerne à obrigação alternativa, note-se que a possibilidade se estabelece 'caso não haja possibilidade de se cumprir o item 'a' (remoção dos ocupantes), o que imprescinde de dilação probatória, sendo, portanto, inadequada a via eleita" (fls. 52/53).*

Acesso ao Sumário

Nesses termos, não há dúvidas de que o ato impugnado restou praticado em virtude da condenação sofrida pelo Município, não se identificando, nele, qualquer traço de ilegalidade.

A alegação de usucapião e a eventual configuração de situação ensejadora de impossibilidade de remoção da autora não comportam exame nos estritos limites da ação mandamental, em que não há margem para a produção de prova ou a discussão de direito que não seja líquido nem certo; e nada assinalou a r. sentença senão essa impossibilidade, ensejadora do indeferimento do *mandamus* – que não priva a impetrante, contudo, de requerer o que entenda de direito nos autos da ação cuja decisão se está a cumprir.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000305-66.2018.8.26.0541, da Comarca de Santa Fé do Sul, em que é apelante WILSON DE SOUZA, são apelados ITAMAR FRANCISCO MACHADO BORGES e ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.341)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente) e LEME DE CAMPOS.

São Paulo, 3 de dezembro de 2018.

MARIA OLÍVIA ALVES, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – Ação popular – Indeferimento da inicial – Pretensão de reforma – Inadmissibilidade – Execução provisória de sentença condenatória de ação civil pública de improbidade administrativa – Inadequação da via eleita caracterizada – A ação popular não é via adequada para requerer a execução provisória de uma sentença – Execução provisória que, no caso, deve ser requerida pelo Ministério Público, nos autos da ação civil pública – Sentença de extinção sem julgamento do mérito mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação popular ajuizada por ***Wilson de Souza*** contra o ***Itamar Francisco Machado Borges*** e ***Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo***, com o objetivo de promover a execução provisória de acórdão proferido nos autos da ação civil pública nº 0000242-15.2005.8.26.0541, por meio do qual o requerido Itamar foi condenado à perda da função pública e cassação dos direitos políticos, em razão de prática de ato de improbidade, e o consequente afastamento imediato do cargo de prefeito.

Conforme sentença de fls. 84/86, a inicial foi indeferida por falta de interesse processual decorrente da inadequação da via eleita.

Inconformado, apela o autor. Sustenta, em síntese, que a ação popular é o meio processual adequado para a obtenção de prestação jurisdicional para preservação da moralidade administrativa; e que há interesse de agir e que os requisitos essenciais para a propositura da ação popular estão presentes, especialmente a tutela constitucional do princípio da moralidade administrativa (fls. 92/96).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 100/105 e 118/126). O primeiro apelado pugnou pela condenação do apelante às penas da litigância de má-fé.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não acolhimento do recurso (fls. 139/140).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação e nego-lhe provimento.

Extrai-se dos autos que o autor ajuizou ação popular antecedente visando à execução provisória de acórdão proferido em ação civil pública de improbidade administrativa.

Da leitura do art. 1º da lei nº 4.717/1965, que trata da ação popular, verifica-se que o objeto da referida ação é a declaração de atos lesivos ao patrimônio público:

> *Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para* ***pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio*** *da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita ânua, de empresas incorporadas ao patrimônio*

Acesso ao Sumário

da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

No caso, contudo, o autor pretende executar provisoriamente decisão proferida em ação civil pública de improbidade administrativa, proposta pelo Ministério Público da comarca de Santa Fé do Sul, cujo acórdão não transitou em julgado.

A pretensão do apelante, de ver executada provisoriamente uma decisão judicial proferida em outro processo é juridicamente impossível, diante da ausência de previsão no ordenamento jurídico.

Além disso, na petição inicial inexiste sequer a indicação de ato ou contrato ilegal e lesivo ao patrimônio público.

E, ainda, considerando, o previsto no artigo 20 da Lei nº 8.429/92, nem mesmo na ação civil pública caberia execução provisória antes do trânsito em julgado do acórdão:

Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

Assim, era mesmo caso de ser considerar a ação popular via inadequada para a execução provisória.

Por conseguinte, nada há que se reparar na r. sentença.

Do mesmo modo, não tem cabimento a condenação do apelante no pagamento de multa por litigância de má-fé.

Sobre o tema, nos ensina Humberto Theodoro Júnior que "***Para os fins do art. 80 do NCPC, é preciso que o litigante adote intencionalmente conduta maliciosa e desleal. (...) Todos os incisos do art. 80 correspondem a quebras do princípio da boa-fé no domínio do processo***" (Código de Processo Civil Anotado. 20ª edição revisada e atualizada. Editora Forense, p. 97/98).

E, diante dos elementos probatórios constantes dos autos, não há qualquer evidência de atuação de má-fé ou que se enquadre em qualquer das hipóteses previstas no art. 80 do CPC/15.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003699-04.2018.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que são apelantes ESTADO DE SÃO PAULO e PREFEITURA MUNICIPAL DE OSASCO, é apelado MIRIAM FERNANDES DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento aos recursos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.568)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente sem voto), LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA e MOACIR PERES.

São Paulo, 3 de dezembro de 2018.

EDUARDO GOUVÊA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Ação de obrigação de fazer – Paciente portadora de obesidade mórbida – Sentença de procedência, condenando a FESP e o Município de Osasco a fornecerem os meios necessários para a realização da cirurgia pleiteada pela autora – Inteligência dos artigos 6º e 196 a 200, todos da Constituição Federal, o que justifica determinar a FESP e a Municipalidade que disponibilizem os meios necessários à realização do procedimento cirúrgico pleiteado – Sentença de procedência mantida.

Recursos desprovidos.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos pela Fazenda do Estado de São Paulo (fls. 182/187) e pelo Município de Osasco (fls. 201/205) contra a r. sentença de fls. 156/162 proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara da Fazenda Pública de Osasco, nos autos da ação de obrigação de fazer promovida por Miriam Fernandes dos Santos, objetivando compelir a Fazenda do Estado de São Paulo e o Município de Osasco a realizarem os procedimentos cirúrgicos descritos na inicial em paciente portadora de obesidade mórbida e de hérnia umbilical.

O Magistrado *a quo* julgou procedente o pedido inicial, confirmando a liminar inicialmente concedida, para determinar as rés a viabilizarem os meios necessários para a realização do procedimento cirúrgico na autora em até dez

Acesso ao Sumário

dias, a contar da intimação, por mandado, sob pena de multa diária de R$ 200,00, até o teto de R$ 20.000,00.

Recorre a FESP, aduzindo, em síntese, que não houve recusa ao tratamento médico, mas sim respeito à ordem cronológica para a realização do procedimento cirúrgico, o que se coaduna com o binômio necessidade/disponibilidade, e que a paciente vem recebendo acompanhamento regular pela rede pública de saúde. Salienta que a manutenção de decisão acarretará prejuízo a outros pacientes que também aguardam vaga para a realização do mesmo procedimento, e coloca a autora em situação privilegiada frente às demais pessoas que necessitam de idêntico tratamento. Ao final, requer que a ação seja julgada improcedente.

O Município de Osasco apresentou suas razões recursais no mesmo sentido, requerendo, ao final o provimento do recurso ou, subsidiariamente, a redução da verba honorária.

Contrarrazões às fls. 198/199 e 209/210.

É o relatório.

Cuida-se de ação de obrigação de fazer promovida por Miriam Fernandes dos Santos, objetivando a condenação da FESP e do Município de Osasco na realização do procedimento cirúrgico (cirurgia bariátrica e de hérnia umbilical).

A obrigação de zelar pela saúde do cidadão é solidária entre o Estado, o Município e a União, cabendo a ele optar quem deseja acionar, como prega o artigo 23, inciso II, da Constituição Federal, in verbis:

> *"Art. 23 – É competência comum da União, dos Estados, do distrito Federal e dos Municípios:*
>
> *(...)*
>
> *II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;"*

In casu, os documentos juntados aos autos (fls. 16 e ss.) prescritos por profissionais médicos devidamente inscritos no Conselho Regional de Medicina, demonstram que a autora é portadora de obesidade mórbida e necessita da intervenção cirúrgica ora indicada.

Acesso ao Sumário

Não merece guarida qualquer afirmação de que o fornecimento do medicamento postulado fere o princípio da isonomia, posto que o referido tratamento deveria estar disponível não só à autora, mas a todos os cidadãos que dele necessitem.

Também não merecem prosperar os argumentos de que os recursos são limitados e que se deve adotar planejamento para o atendimento do maior número de pessoas, ante a falta de recursos orçamentários e diante da oportunidade e conveniência do Administrador, pois devem ser observados os ditames constitucionais que tratam do assunto 'saúde' com prioridade, nos

termos dos artigos 6º e 196 a 200 da Constituição Federal.

O Estado, em sentido lato, que tem função principal de servir os seus cidadãos, especialmente os mais carentes, como no caso em tela, seja por suas peculiaridades pessoais, seja em razão de deficiências econômicas, não pode, sob o pretexto de razões orçamentárias ou falta do medicamento na lista padronizada, eximir-se de sua obrigação.

E nem se alegue a natureza programática das normas que introduziram a obrigatoriedade do Estado em garantir a saúde, com os consectários que lhes são naturais, pois que é necessário, o quanto antes, rever o conceito do alcance de ditas normas, sob pena de tornarem-se letra morta, se dependentes tão somente do exame de oportunidade e conveniência do Executivo.

A conveniência e oportunidade, que hão de merecer exame pelo Executivo são as da sociedade que governa, a exigir maior sensibilidade na propositura de orçamento e implantação de programas, atendendo não só aos ditames constitucionais, mas, além disso, às exigências do bem comum.

Não se verifica indevida intromissão do Judiciário na seara da Administração. Tomado como "tabula rasa" o princípio constitucional de harmonia e independência entre os Poderes, escaparia o caso à apreciação do Judiciário, em afronta a garantia individual expressamente prevista no art. 5º, XXXV, da Carta Magna, ante o perigo de lesão ou ameaça a direito do apelado, não se olvidando, de outro lado, infringência aos artigos 6º e 196 a 200 da Lei Maior.

Quanto aos honorários advocatícios fixados em desfavor da Municipalidade, tenho que são devidos e foram fixados adequadamente, eis que foi considerado o grau de zelo do profissional, natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado, e serão majorados para R$ 1.150,00, nos termos do § 11 do art. 85 do Código de Processo Civil.

No mais, a r. sentença foi bem lançada e suficientemente motivada, de modo que a ratifico, nos termos do art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando- se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205 / SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

Ante o exposto, **nega-se provimento** aos recursos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1007493-72.2017.8.26.0565, da Comarca de São Caetano do Sul, em que é apelante JENNIFER CHRISTINE SETTI (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), são apelados JANICE PAULINO CESAR (SECRETÁRIA DE EDUCAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO CAETANO DO SUL) e PAULO SÉRGIO LOPES RUIZ (PRÓ-REITOR ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO DA UNIVERSIDADE MUNICIPAL DE SCS).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.690)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BANDEIRA LINS (Presidente sem voto), PAULO DIMAS MASCARETTI e LEONEL COSTA.

São Paulo, 3 de dezembro de 2018.

JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR, Relator

Ementa: APELAÇÃO. SENTENÇA QUE DENEGOU A SEGURANÇA.

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO. INDEFERIMENTO DE BOLSA DE ESTUDOS INTEGRAL PARA UNIVERSITÁRIA. A Lei 5.490/2017 estabelece requisitos para a concessão de bolsa de estudo integral aos universitários matriculados na Universidade Municipal. Não atendimento do requisito associado à média acadêmica para a renovação da bolsa de estudos integral. O requisito legal associado à nota é expresso ao salientar a necessidade de o aluno não apresentar média acadêmica inferior a 07 (sete). A impetrante apresenta nota 06 em duas disciplinas do Curso de Publicidade e Propaganda. Não é possível interpretar "média acadêmica" como sinônimo de "média aritmética". Sujeição da Administração ao Princípio da Legalidade Estrita. A média acadêmica deve ser entendida de forma estrita, como a média individual do aluno em cada matéria. A Carta Magna

Acesso ao Sumário

conferiu aos Municípios a obrigação de priorizar o ensino fundamental e médio, obrigação esta que não abarca o ensino superior. Inteligência do art. 2º, I, f, da Lei Municipal 5.242/2014, com a redação que lhe concedeu a Lei 5.490/2017. Precedente desta C. Câmara. Sentença mantida.

RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

JENNIFER CHRISTINE SETTI, inconformada com a r. sentença de fls. 310/312, que denegou a segurança, interpôs recurso de apelação, sustentando, em síntese, (i) o direito ao recebimento de bolsa de 100% em razão do atendimento de todos os requisitos do edital; (ii) o cumprimento do requisito associado à média acadêmica.

Com contrarrazões do Município (fls. 330/334), o recurso foi regularmente processado.

Inicialmente distribuído perante a 33ª Câmara de Direito Privado, o recurso não foi conhecido (fls. 338/341), sendo determinada a redistribuição livre.

É o relatório.

O mandado de segurança impugna o ato administrativo que indeferiu a bolsa de estudos de 100% em favor da impetrante, que é estudante de curso superior de Publicidade e Propaganda.

A causa de pedir anuncia o deferimento de apenas 50% de desconto nas mensalidades não obstante o preenchimento da média acadêmica 07 exigida para a concessão integral do benefício.

A sentença denegou a segurança.

A controvérsia gravita em torno do ato administrativo que indeferiu a bolsa de estudos integral em favor da universitária impetrante.

Interessa saber se as exigências previstas para a concessão da bolsa integral foi cumprida pela apelante.

A Lei nº 5.490/2017, que trouxe nova redação para a Lei 5.242/2014, estabelece diversos requisitos para a concessão integral da bolsa de estudos, a saber:

"Art. 2º. Os requisitos para o aluno concorrer à concessão da bolsa de estudos na Universidade Municipal de São Caetano do Sul são os seguintes:

I – para bolsas integras, nas mensalidades dos cursos de graduação presenciais ou à distância:

Acesso ao Sumário

a) ser residente e domiciliado no Município de São Caetano do Sul há, no mínimo, 4 (quatro) anos;

b) estar matriculado em curso de graduação, presencial ou à distância, oferecido pela Universidade Municipal de São Caetano do Sul USCS;

c) não ter sido reprovado no ano anterior, nem possuir disciplina(s) em regime de dependência;

d) ter renda familiar de até, no máximo 04 (quatro) salários mínimos e não possuir recursos suficientes para custear seus estudos;

e) ter cursado todo o ensino médio em escola pública localizada no município de São Caetano do Sul;

f) não possuir média acadêmica inferior a 07 (sete) no semestre anterior, exclusivamente para o caso de alunos cursando a partir do 2º semestre;

g) não possuir a família propriedades imobiliárias, além de, no máximo, um único imóvel destinado à residência do núcleo familiar;

h) não possuir patrimônio familiar mobiliário ou imobiliário com valor superior a R$ 300.000,00 (trezentos mil reais), excluindo-se do cálculo para apuração deste montante, o valor de um único imóvel destinado à residência familiar" (fls. 97).

No mesmo sentido a previsão contida no Edital de Bolsa de Estudo de 2017 (fls. 37).

Como se vê, a exigência legal é de que o aluno não possua *média acadêmica* inferior a 07 (sete) no semestre anterior.

O requisito legal associado à nota é expresso ao salientar a necessidade de o aluno não apresentar média acadêmica inferior a 07 (sete).

Não é possível interpretar "média acadêmica" como sinônimo de "média aritmética" porquanto em momento algum a legislação determina que essa pontuação seja resultado da somatória de todas as notas do aluno divididas pelo número de disciplinas cursadas.

Inegável a adstrição da Administração ao Princípio da Legalidade Estrita, segundo a qual toda atividade administrativa encontra-se irremediavelmente vinculada "*aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular. De fato, este pode fazer tudo que a lei permite e tudo que a lei não proíbe; aquela só pode fazer o que a lei autoriza e, ainda assim, quando e como autoriza*" **(Diógenes Gasparini, Direito Administrativo, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 61).**

Acesso ao Sumário

Como se vê, os requisitos exigidos para a concessão da bolsa de estudos em relação ao ensino universitário devem ser interpretados de forma estrita,

porquanto a Carta Magna atribui aos Municípios a obrigação de priorizar o ensino fundamental e infantil (art. 211, §2º).

Assim, a média acadêmica deve ser entendida como a média individual do aluno em cada matéria.

Nesse sentido o entendimento desta C. Câmara:

"APELAÇÃO CÍVEL – BOLSA DE ESTUDOS – UNIVERSIDADE – MUNICÍPIO DE SÃO CAETANO DO SUL – Edital regulamentador de concessão de bolsas estudos e Lei Municipal nº 5.490/17que dispõe que será concedida bolsa de estudo integral aos alunos que obtiverem média acadêmica superior a 7,0 – ***Média acadêmica que deve ser entendida com a média individual de cada matéria*** *– Concessão de bolsa de estudos que faz parte do poder discricionário da administração Inviabilidade do Poder Judiciário se imiscuir no mérito administrativo, sob pena de violação ao princípio constitucional da separação e independência dos Poderes do Estado – Decisório que merece subsistir Ratificação da sentença (artigo 252 do Regimento Interno/2009) – Recurso não provido"* **(TJSP; Apelação 1006437-04.2017.8.26.0565; Relator (a): Ponte Neto; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; j. 12/09/2018).**

Na hipótese dos autos, observo que a apelante possui média acadêmica 06 (seis) nas disciplinas de "Produção Publi. para Internet" e "Redação Publicitária I" (fls. 46 e 70).

A média acadêmica 06 (seis) apresentada pela apelante não atende a exigência para a concessão da bolsa integral, motivo pelo qual lhe foi concedida a bolsa parcial de 50% (fls. 47).

Ausentes, portanto, os pressupostos da impetração porque a impetrante não demonstrou a necessária certeza jurídica, de que decorre a improcedência do pedido mediato.

Em vista disso, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0017825-82.2016.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DE SÃO PAULO - DER.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº**

Acesso ao Sumário

38.006)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente sem voto), BORELLI THOMAZ e ANTONIO TADEU OTTONI.

São Paulo, 31 de outubro de 2018.

FERRAZ DE ARRUDA, Relator

Ementa: APELAÇÃO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA COLETIVA – PROCEDIMENTO EXTINTO COM FUNDAMENTO NA AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL, EIS QUE A SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA NA FASE DE CONHECIMENTO DISPÔS SOBRE A NECESSIDADE DE EXECUÇÃO INDIVIDUAL PELOS DOS INTERESSADOS – HIPÓTESE EM QUE, NÃO OBSTANTE A PROCEDÊNCIA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM QUE SE DISCUTIA A TUTELA DE INTERESSE INDIVIDUAL HOMOGÊNEO RECLAMASSE A EXECUÇÃO INDIVIDUAL PELOS INTERESSADOS, CONSTATA-SE QUE, APÓS O DECURSO DE QUATRO ANOS DA PUBLICAÇÃO DO EDITAL REGIDO PELO ART. 94 CDC, APENAS 3,38% DOS VALORES IRREGULARMENTE ARRECADADOS PELO D.E.R. FORAM RESTITUÍDOS AOS INTERESSADOS – SUBSUNÇÃO DO CASO CONCRETO AO DISPOSTO NO ART. 100 DO DIPLOMA CONSUMERISTA, QUE LEGITIMA SUBSIDIARIAMENTE O MINISTÉRIO PÚBLICO A PROMOVER O CUMPRIMENTO/ EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA COLETIVA – AFASTADA A CARÊNCIA DE AÇÃO E CONSIDERANDO-SE QUE A CAUSA ENCONTRA-SE MADURA PARA JULGAMENTO (ART. 1.013, §3º, I, CPC) E OS VALORES APONTADOS PELO EXEQUENTE REPUTAM-SE INCONTROVERSOS, EIS QUE NÃO IMPUGNADOS PELA AUTARQUIA RÉ, DE RIGOR O COMPETENTE ACOLHIMENTO – RECURSO PROVIDO PARA AFASTAR A EXTINÇÃO DA

Acesso ao Sumário

FASE PROCESSUAL EM CONFORMIDADE COM O ART. 485, VI, CPC E, À LUZ DO ART. 1.023, §3º, I, JULGAR PROCEDENTE O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra os termos da r. decisão de págs. 100/101, que extinguiu o cumprimento de sentença instaurado em sede de ação civil pública promovida contra o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo – DER sob o fundamento de que a r. sentença pronunciada na fase de conhecimento consignou, em seu dispositivo, expressamente, que a forma de execução dos valores seria por meio de processos individuais, aclarando-se em embargos, outrossim, que tais processos poderiam ser judiciais ou administrativos.

Consoante o MM. Juiz, a autarquia vem cumprindo tais pagamentos quando o favorecido a procura em contrapartida à circunstância de que a questão presentemente discutida remonta à divulgação do julgado. Dessa maneira, não resultaria admissível, em razão de eventual demora na sua execução, alterar a coisa julgada material. Concluiu-se, assim, pela inadequação da via eleita, carecendo o Ministério Público de interesse processual, restando indeferida, ademais, a petição inicial de cumprimento coletivo de sentença com fundamento no art. 485, I e VI CPC.

Inconformado, apela o exequente (págs. 106/114) sustentando, em síntese, que não se pode ignorar o conteúdo do art. 100 do Código de Defesa do Consumidor sob pretexto de não ferir a coisa julgada material, eis que se está diante de sentença proferida em ação civil pública ajuizada para a defesa de interesses individuais homogêneos. Ressalta que o microssistema de tutela dos interesses transindividuais é claríssimo ao dispor que, passado um ano no qual um número ínfimo de lesados se habilitem a serem indenizados, poderá a execução – que inicialmente era individual – ser tocada, no remanescente, coletivamente, em benefício do Fundo de Interesses Coletivos. Reitera que apenas uma ínfima parcela dos lesados requereu o ressarcimento dos danos.

Tempestivo, o recurso foi contra-arrazoado (págs. 117/124).

Subiram os autos a esta Corte.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (págs. 128/132).

Inicialmente, o recurso foi inadmitido (págs. 133/140) e em sede de juízo de retratação proferido em agravo interno, recepcionado.

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

Acesso ao Sumário

Consoante se infere da r. sentença proferida em sede de ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra o Departamento de Estradas de Rodagem – DER (págs. 3/11, aos 26/06/2012), o réu foi condenado a regularizar a instalação e a sinalização do radar "OCR" instalado na altura do km 58,6 da Rodovia Dom Paulo Rolim Loureiro (Rodovia SP-98), Vila Moraes, Mogi das Cruzes, conforme as Resoluções do CONTRAN nº 146/2003 e 214/2006, seguindo-se a anulação das autuações de trânsito decorrentes de referido radar no período compreendido entre 11/11/2010 e 19/07/2011.

Concedeu-se ao réu o prazo de 60 (sessenta) dias para providenciar a exclusão dos pontos gerados nas CNHs dos motoristas autuados, valendo-se do Sistema Prodesp, sob pena de multa a ser oportunamente fixada.

Além disso, a autarquia foi condenada a devolver, em processos individuais, os valores das multas de trânsito impostas e indevidamente recolhidas com atualização monetária (pela Tabela Prática de Atualização de Débitos Judiciais desta Corte de Justiça) e juros moratórios de 1% a.m. a contar da prolação da sentença.

Esta decisão foi mantida em segundo grau de jurisdição (págs. 17/22).

Posto isso e com fundamento em laudo/parecer técnico do CAEX (págs. 25/35, de 16/06/2016), o autor instaurou procedimento de cumprimento competente objetivando o recebimento de montante equivalente a R$ 3.876.178,45, e isto porque constatou, após o decurso de um ano da publicação dos editais, que apenas algumas execuções individuais foram ajuizadas, impondo-se, destarte, o pagamento do valor remanescente com consequente reversão ao Fundo de Interesses Coletivos.

Intimado, o DER ofertou impugnação (págs. 48/54) informando e comprovando o cumprimento das condenações a si impostas, bem como a exclusão, no prazo determinado, das pontuações existentes nas CNHs dos condutores autuados pelo radar. Também o DER informou que paulatinamente efetua a devolução dos valores aos interessados, bastando dedução de requerimento administrativo competente (págs. 72/73 e 78/89).

Acesso ao Sumário

Não passa desapercebido, sobre este aspecto, que o edital de publicação da sentença condenatória exarada na ação civil pública foi veiculado pela Imprensa Oficial ao 23/04/2014 com prazo para 30 dias (págs. 72/73), ao passo que o Ofício-Comunicação nº 266/2017, de 22/03/2017 p.p. - de lavra da autarquia requerida-, deixa assente que embora R$ 75.499,04 tenham sido restituídos, remanesciam nos respectivos cofres R$ 2.155.686,13 ao passo que o montante arrecadado em multas de trânsito irregularmente aplicadas no período questionado na petição inicial equivalia a R$ 2.231.185,17.

Significa dizer, decorridos quatro anos da publicação do decisum, ínfima

parcela de sobredito montante transmudou-se objeto de restituição administrativa, pelo DER, possivelmente por eventual desinteresse ou desconhecimento dos condutores relativamente à condenação em seu detrimento imposta.

Ora, como é cediço, a liquidação/execução de sentença nas ações ajuizadas para a defesa de direitos individuais homogêneos, à luz do regramento contido no art. 97 do Código de Defesa do Consumidor – aqui aplicado supletivamente –, poderá ser promovida pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados para a propositura da ação coletiva, dentre eles, por óbvio, o próprio Ministério Público, ainda que remanesça inconteste da leitura do art. 95 precedente que a condenação exsurgida de demandas dessa natureza seja genérica justamente porque fixa apenas e tão somente a responsabilidade do réu pelos danos causados, exigindo, caso confirmada, posterior liquidação.

Neste sentido dispõe o Código de Defesa do Consumidor em seus arts. 95 a 100, *in verbis*:

"**Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.**

Art. 96. (Vetado).

Art. 97. A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82.

Parágrafo único. (Vetado).

Art. 98. A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiveram sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções. (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

§ 1° A execução coletiva far-se-á com base em certidão das sentenças de liquidação, da qual deverá constar a ocorrência ou não do trânsito em julgado.

§ 2° É competente para a execução o juízo:

I - da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual;

II - da ação condenatória, quando coletiva a execução.

Art. 99. Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação prevista na **Lei n.° 7.347, de 24 de julho de 1985** e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento. **(Vide Decreto nº 407, de 1991).**

Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância recolhida ao fundo criado pela **Lei n° 7.347 de 24 de julho**

Acesso ao Sumário

de 1985, ficará sustada enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas.

Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.

Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela **Lei n.° 7.347, de 24 de julho de 1985**".

Ora, a leitura dos regramentos acima autoriza concluir que o bem jurídico tutelado – até então tratado de modo indivisível na fase de conhecimento –, a partir da liquidação, transmudar-se-á objeto de individualização dos danos efetiva e comprovadamente suportados pelas possíveis vítimas. Em contrapartida, a legitimação concorrente conferida ao Ministério Público para promover a liquidação/execução da sentença coletiva será de caráter meramente subsidiário passível de exercício somente após o escoamento do prazo de 1 (um) ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano.

É o que verbera o art. 100 do Código de Defesa do Consumidor, a meu ver, aplicável à hipótese em exame. Repita-se: após o decurso de quatro anos da publicação do edital da sentença condenatória proferida em sede de ação civil pública que condenou a autarquia ré à devolução dos valores irregularmente arrecadados em razão de funcionamento de radar ilegal e indevidamente instalado em rodovia estadual, nos termos do art. 94 CDC, exauriu-se a restituição de valores relacionados a aproximadamente 500 autos de infração que, até março/2017, totalizavam R$ 75.499,04. Em contrapartida, remanescem nos cofres públicos da autarquia ré R$ 2.155.686,13; por conseguinte, apenas 3,38% do total de R$ 2.231.185,17 foram restituídos a quem de direito.

Daí porque outra alternativa não socorre a esta Corte de Justiça senão, reformando a r. sentença recorrida, reconhecer a legitimidade subsidiária e o interesse processual do Ministério Público do Estado de São Paulo para promover o cumprimento de sentença coletivo, impondo-se seja o valor da condenação oportunamente arrecadado convertido ao fundo criado pela Lei nº 7.347, de 24/07/85, ex vi do disposto no art. 100 do CDC.

Acesso ao Sumário

Com efeito, instituiu o regramento supramencionado instituto denominado pela doutrina como "*fluidy recovery*" que, resultante do modelo norte- americano da "*class action*", transfere para a coletividade o produto da reparação civil individual na hipótese de desinteresse ou desconhecimento dos interessados com o intuito de preservar a vontade da lei no sentido de impedir o enriquecimento sem causa do causador do dano (Superior Tribunal de Justiça-

4ª, Turma, REsp nº 1.156.0211-RS, Ministro Marco Buzzi).

O entendimento em apreço não destoa da jurisprudência predominante no Colendo Superior Tribunal de Justiça, cujos arestos seguem adiante colacionados:

> **"PROCESSO CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL.AÇÃODELIQUIDAÇÃODESENTENÇAPROLATADA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. PRECEDÊNCIA DA LEGITIMIDADE DAS VÍTIMAS OU SUCESSORES. SUBSIDIARIEDADE DA LEGITIMIDADE DOS ENTES INDICADOS NO ART. 82 DO CDC.**
>
> **1. A legitimidade para intentar ação coletiva versando a defesa de direitos individuais homogêneos é concorrente e disjuntiva, podendo os legitimados indicados no art. 82 do CDC agir em Juízo independentemente uns dos outros, sem prevalência alguma entre si, haja vista que o objeto da tutela refere-se à coletividade, ou seja, os direitos são tratados de forma indivisível.**
>
> 2. Todavia, para o cumprimento de sentença, o escopo é o ressarcimento do dano individualmente experimentado, de modo que a indivisibilidade do objeto cede lugar à sua individualização.
>
> **3. Não obstante ser ampla a legitimação para impulsionar a liquidação e a execução da sentença coletiva, admitindo-se que a promovam o próprio titular do direito material, seus sucessores, ou um dos legitimados do art. 82 do CDC, o art. 97 impõe uma gradação de preferência que permite a legitimidade coletiva subsidiariamente, uma vez que, nessa fase, o ponto central é o dano pessoal sofrido por cada uma das vítimas.**
>
> 4. Assim, no ressarcimento individual (arts. 97 e 98 do CDC), a liquidação e a execução serão obrigatoriamente personalizadas e divisíveis, devendo prioritariamente ser promovidas pelas vítimas ou seus sucessores de forma singular, uma vez que o próprio lesado tem melhores condições de demonstrar a existência do seu dano pessoal, o nexo etiológico com o dano globalmente reconhecido, bem como o montante equivalente à sua parcela.
>
> **5. O art. 98 do CDC preconiza que a execução "coletiva" terá lugar quando já houver sido fixado o valor da indenização devida em sentença de liquidação, a qual deve ser - em sede de direitos individuais homogêneos - promovida pelos próprios titulares ou sucessores.**
>
> **6. A legitimidade do Ministério Público para instaurar a execução exsurgirá - se for o caso - após o escoamento do prazo de um ano do trânsito em julgado se não houver a habilitação de interessados em**

Acesso ao Sumário

número compatível com a gravidade do dano, nos termos do art. 100 do CDC. É que a hipótese versada nesse dispositivo encerra situação em que, por alguma razão, os consumidores lesados desinteressam-se quanto ao cumprimento individual da sentença, retornando a legitimação dos entes públicos indicados no art. 82 do CDC para requerer ao Juízo a apuração dos danos globalmente causados e a reversão dos valores apurados para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (art. 13 da LACP), com vistas a que a sentença não se torne inócua, liberando o fornecedor que atuou ilicitamente de arcar com a reparação dos danos causados.

7. No caso sob análise, não se tem notícia acerca da publicação de editais cientificando os interessados acerca da sentença exequenda, o que constitui óbice à sua habilitação na liquidação, sendo certo que o prazo decadencial nem sequer iniciou o seu curso, não obstante já se tenham escoado quase treze anos do trânsito em julgado.

8. No momento em que se encontra o feito, o Ministério Público, a exemplo dos demais entes públicos indicados no art. 82 do CDC, carece de legitimidade para a liquidação da sentença genérica, haja vista a própria conformação constitucional desse órgão e o escopo precípuo dessa forma de execução, qual seja, a satisfação de interesses individuais personalizados que, apesar de se encontrarem circunstancialmente agrupados, não perdem sua natureza disponível.

9. Recurso especial provido".

(REsp 869.583/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 05/09/2012).

"RECURSO ESPECIAL - DIREITO DO CONSUMIDOR - AGRAVO DE INSTRUMENTO - **AÇÃO COLETIVA - INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO DA SENTENÇA GENÉRICA REQUERIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, COM FUNDAMENTO NO ART. 100 DO CDC (FLUID RECOVERY) - PEDIDO INDEFERIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, SOB O ARGUMENTO DE QUE O TRANSCURSO DO PRAZO DE UM ANO DEVE TER COMO TERMO INICIAL A PUBLICAÇÃO DE EDITAIS EM JORNAIS DE AMPLA CIRCULAÇÃO, OBRIGAÇÃO A QUE FORAM CONDENADOS OS RÉUS** - IMPOSSIBILIDADE DE SE CONDICIONAR O INÍCIO DO REFERIDO PRAZO AO CUMPRIMENTO DA CITADA OBRIGAÇÃO DE FAZER. INSURGÊNCIA RECURSAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL.

Acesso ao Sumário

Hipótese: liquidação de sentença genérica, proferida nos autos de ação coletiva, requerida pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com fulcro no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor. Pretensão indeferida pelas instâncias ordinárias, sob o argumento de que seria necessária, previamente, a publicação de editais em jornais de ampla circulação - obrigação determinada aos réus da demanda coletiva, na sentença condenatória.

1. Sendo o Ministério Público o autor da ação coletiva, a sua atuação como custos legis não é obrigatória, pois, nos termos do princípio da unidade, o Ministério Público é uno enquanto instituição, razão pela qual, uma vez figurando como parte do processo, é dispensada a sua presença como fiscal da lei.

2. Nos termos do artigo 100, caput, do Código de Defesa do Consumidor, "decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida", hipótese denominada reparação fluida - fluid recovery, inspirada no modelo norte-americano da class action.

2.1. Referido instituto, caracterizado pela subsidiariedade, aplica- se apenas em situação na qual os consumidores lesados desinteressam-se quanto ao cumprimento individual da sentença coletiva, transferindo à coletividade o produto da reparação civil individual não reclamada, de modo a preservar a vontade da Lei, qual seja a de impedir o enriquecimento sem causa do fornecedor que atentou contra as normas jurídicas de caráter público, lesando os consumidores.

2.2. Assim, se após o escoamento do prazo de um ano do trânsito em julgado, não houve habilitação de interessados em número compatível com a extensão do dano, exsurge a legitimidade do Ministério Público para instaurar a execução, nos termos do mencionado artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor; nesse contexto, conquanto a sentença tenha determinado que os réus publicassem a parte dispositiva em dois jornais de ampla circulação local, esta obrigação, frise-se, destinada aos réus, não pode condicionar a possibilidade de reparação fluida, ante a ausência de disposição legal para tanto e, ainda, a sua eventual prejudicialidade à efetividade da ação coletiva, tendo em vista as dificuldades práticas para compelir os réus ao cumprimento.

2.3. Todavia, no caso em tela, observa-se que não obstante as alegações do Ministério Público Estadual, deduzidas no recurso especial, no sentido de que "no presente caso houve a regular publicação da sentença, conforme documento da fl. 892 [dos autos de agravo de instrumento, correspondente

Acesso ao Sumário

à fl. 982, e-STJ]", ao compulsar os autos, verifica-se que a mencionada folha refere-se à publicação do edital, em 20/02/2003, relativo à cientificação dos interessados sobre a propositura da ação coletiva. Assim, o citado edital não se destinou à cientificação dos interessados quanto ao conteúdo da sentença, mas à propositura da ação coletiva, o que constitui óbice à sua habilitação, razão pela qual não se pode reputar iniciado o prazo do artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor. Precedente: REsp 869583/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 05/09/2012 3. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO, a fim de (i) afastar a necessidade de cumprimento da obrigação de publicar editais em dois jornais de ampla circulação local para fins de contagem do prazo previsto no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, bem assim (ii) determinar o retorno dos autos à origem, para que se proceda à publicação de edital, sobre o teor da sentença exequenda, em órgão oficial, nos termos do artigo 94 do diploma consumerista".

(REsp 1156021/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 06/02/2014, DJe 05/05/2014)

Como sói entrever, preenchidos os pressupostos legais pelo legitimado subsidiário nos termos dos arts. 95 e 100 CDC, de rigor o afastamento da questão de ordem pública objeto do presente recurso.

Superada a questão preliminar e considerando-se que a causa encontra-se madura para julgamento nos termos do art. 1.013, §3º, I, CPC, bem como partindo da premissa de que os valores trazidos à baila pelo apelante na petição de instauração do incidente não se transmudaram objeto de impugnação específica pela autarquia requerida (logo, são incontroversos), outra alternativa não socorre a esta Corte de Justiça senão julgar procedente o cumprimento de sentença para tornar líquido o montante de R$ 2.155.686,13, apurado até a data março/2017, prosseguindo-se na execução.

No que tange às questões relacionadas aos consectários da condenação, é notório que se constituem matéria de ordem pública, de modo que sua aplicação ou alteração, bem como a modificação de seu termo inicial, de ofício, não configura julgamento *extra petita* nem *reformatio in pejus* (precedentes no STJ: AgRg no AgRg no REsp 1221260/RS, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, j. 10/03/2016; AgRg no REsp 1415714/RJ, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, j. 08/03/2016; AgRg no AREsp 741.541/SP, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 19/11/2015; AgRg no REsp 1415714/RJ, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, j. 08/03/2016, EDcl nos EDcl no REsp 998935/DF, Rel. Min. VASCO DELLA GIUSTINA, j. 22/02/2011 e AgRg no Ag 1114664/RJ, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, j. 02/12/2010).

Acesso ao Sumário

Transcrevo abaixo as teses fixadas no julgamento de mérito do REsp nº 1.495.146/MG, Tema nº 905:

*"**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.*

***1.1 Impossibilidade 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 condenações judiciais referentes a servidores e

Acesso ao Sumário

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.".*

Acesso ao Sumário

Não se pode, ainda, fechar os olhos para a solução dada pelo Plenário do C. STF no julgamento do **Recurso Extraordinário nº 870.947/SE**, acima mencionado, **Tema nº 810**, em sede **Repercussão Geral, aos 20/09/2017**, assim ementado:

"DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º- F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA

DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CRFB, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DE CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, QUANDO ORIUNDAS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CRFB, ART. 5º, 'CAPUT'). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. ***O princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, 'caput'), no seu núcleo essencial, revela que o artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, os quais devem observar os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito; nas hipóteses de relação jurídica diversa da tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto legal supramencionado.***

2. ***O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, porquanto a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.***

3. A correção monetária tem como escopo preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação. É que a moeda fiduciária, enquanto instrumento de troca, só tem valor na medida em que capaz de ser transformada em bens e serviços. A inflação, por representar o aumento persistente e generalizado do nível de preços, distorce, no tempo, a correspondência entre valores real e nominal (cf. MANKIW, N.G. Macroeconomia. Rio de Janeiro, LTC 2010, p. 94; DORNBUSH, R.; FISCHER, S. e STARTZ, R.Macroeconomia. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 2009, p. 10; BLANCHARD, O. Macroeconomia. São Paulo: Prentice Hall, 2006, p. 29).

4. A correção monetária e a inflação, posto fenômenos econômicos conexos, exigem, por imperativo de adequação lógica, que os instrumentos destinados a realizar a primeira sejam capazes de capturar a segunda, razão pela qual os índices de correção monetária devem consubstanciar autênticos índices de preços.

Acesso ao Sumário

5. Recurso extraordinário parcialmente provido." **(g.n.)**

Em sendo assim, de rigor, pois, a adequação do julgado no que tange a tais acréscimos, em conformidade com a solução dada pelo C. STJ e pelo Plenário do C. STF, no sentido de que **seja aplicada em parte a Lei Federal nº 11.960/2009, após o início de sua vigência**, no que tange aos juros de mora, em conformidade com as decisões já mencionadas.

Como sói entrever, definitivamente assentada a inconstitucionalidade do §12, do artigo 100, da Constituição Federal, introduzido pela EC nº 62/09 (e, por arrastamento, do artigo 5º, da Lei nº 11.960/09) - levada a efeito pelo STF no julgamento das ADIs 4357 e 4425-, aplicar-se-á aos **débitos fazendários oriundos de condenação judicial atualização monetária segundo o IPCA-E (Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial), ainda que se trate de período de dívida anterior à expedição do precatório**, afastada a utilização da TR- Taxa Referencial para todos os fins.

Quanto aos **juros de mora, observar-se-á na íntegra, a remuneração oficial da caderneta de poupança apenas e tão somente no tocante às relações jurídicas não-tributárias (a exemplo do caso concreto), perfazendo-se hígido o comando descrito no art. 1º-F da Lei Federal nº 9.494/97, acrescentado pela MP nº 2.180-35/01 (0,5% ao mês), inclusive com a redação conferida pela Lei Federal nº 11.960/09, após o início de sua vigência**, observada também a MP nº 567/12, convertida na Lei Federal nº 12.703/2012, a contar de suas respectivas entradas em vigor.

Esclarece-se, neste diapasão, que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento das ADIs 4425 e 4357, manifestou-se apenas e tão somente com relação aos precatórios, quedando-se silente, entretanto, quanto ao período compreendido entre o dano efetivo (ou ajuizamento da demanda) e a imputação da responsabilidade da Administração Pública, ocasião em que restou assentada a utilização do IPCA-E para fins de correção monetária.

Conclui-se, assim e à luz da decisão proferida pelo Plenário da Corte Suprema em sede de Repercussão Geral do Tema nº 810, que serão idênticos os critérios para a correção monetária de precatórios e de condenações judiciais da Fazenda Pública, ressalvadas disposições específicas e distintas relacionadas à natureza do débito discutido em juízo no que se refere aos juros de mora.

Observe-se, entretanto, que sobredita decisão ainda não transitou em julgado, transmudando-se, pois, suscetível de sofrer modulação, a exemplo do que ocorreu no julgamento das ADIs 4.357 e 4.425. Em razão disso, fica ressalvada, para o cumprimento de sentença, a aplicação de outro índice, no caso de eventual modulação pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do RE 870.947, que, inclusive, conta com atribuição de efeito suspensivo pelo Exmo. Min. Luiz Fux (j. 24/09/2018).

Acesso ao Sumário

Isto posto, dou provimento ao recurso de apelação para admitir o cumprimento de sentença e, no mérito, julgá-lo procedente para determinar o respectivo prosseguimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006118-68.2015.8.26.0286, da Comarca de Itu, em que é apelante ROBERTO SALADINI, é apelado MUNICÍPIO DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE ITU.

ACORDAM, em 14ª 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 41.836)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente) e HENRIQUE HARRIS JÚNIOR.

São Paulo, 8 de novembro de 2018.

GERALDO XAVIER, Relator

Ementa: Apelação. Ação de consignação em pagamento. Imposto sobre serviços de qualquer natureza. Coisa julgada. Reconhecimento de direito ao tratamento fiscal diferenciado estatuído no artigo 9º, § 1º, do Decreto-lei 406/68. Superveniência da Lei Estadual 15.600/14, a incluir, no valor dos emolumentos cobrados por cartórios extrajudiciais, parcela referente a imposto sobre serviços de qualquer natureza. Relação jurídica continuativa. Alteração da situação de direito. Incidência da cláusula "rebus sic stantibus". Procedência do pedido. Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de ação de consignação em pagamento promovida por Roberto Saladini em face do município de Itu.

Sustenta o autor fazer jus ao tratamento fiscal diferenciado, previsto no artigo 9º, § 1º, do Decreto 406/68, dada a existência de sentença trânsita em julgado; afiança que a Lei Estadual 15.600/14 alterou o artigo 19 da Lei Estadual 11.331/02 e incluiu o valor do imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS), relativo à receita oriunda da atividade de registro público e

notarial, nos emolumentos cobrados dos respectivos tomadores; aduz que, diante da modificação legislativa, surgiu a necessidade de entregar a parcela referente ao citado tributo ao réu, pena de enriquecimento ilícito; afirma que este último, entretanto, recusa-se a receber, razão pela qual pleiteia, com a procedência do pedido, declare-se extinta a obrigação tributária.

Rejeitado o pedido e determinada conversão dos valores depositados em renda do município, apela tempestivamente o autor: insiste nos argumentos antes expostos e roga inversão do resultado do julgamento.

Recebido e processado o recurso, nas contrarrazões pondera-se correta a sentença, por cuja manutenção se pugna.

Eis, sucinto, o relatório.

O apelo não merece provimento.

Com efeito.

Há sentença transitada em julgado a reconhecer ao autor direito ao tratamento fiscal estatuído no artigo 9º, § 1º, do Decreto-lei 406/68 (folhas 21/39). Daí que passou aquele a recolher o ISS em valor fixo anual, independentemente da quantia percebida, a cada mês, pelos serviços prestados.

Como se cuida de relação jurídica tributária continuativa, há extensão dos efeitos da coisa julgada a exercícios financeiros futuros. A imutabilidade que daí decorre perdura, porém, apenas enquanto subsistir o estado de fato e de direito vigente por ocasião da gênese da coisa julgada material (artigo 505, I, do Código de Processo Civil).

Sucede que sobreveio alteração do artigo 19 da Lei Estadual 11.331/2002, implementada pela Lei Estadual 15.600/2014:

"Artigo 19 - Os emolumentos correspondem aos custos dos serviços notariais e de registro na seguinte conformidade:

.....

"Parágrafo único - São considerados emolumentos, e compõe o custo total dos serviços notariais e de registro, além das parcelas previstas neste artigo, a parcela dos valores tributários incidentes, instituídos pela lei do município da sede da serventia, por força de Lei Complementar Federal ou Estadual."

A partir da supramencionada mudança legislativa o autor passou a receber o ISS relativo a cada serviço prestado com os emolumentos pagos pelo tomador. Porém, o montante do tributo não lhe pertence e deve ser recolhido aos cofres públicos, pena de enriquecimento ilícito.

Houve alteração da situação de direito vigente à época da formação da coisa julgada material, a autorizar o recolhimento do imposto nos moldes pretendidos pelo autor. Veja-se, acerca do tema, a lição do professor José Roberto dos Santos Bedaque:

Acesso ao Sumário

"A coisa julgada visa a impedir conflitos práticos de julgados, pois estabiliza os efeitos da sentença. Faz com que a regra concreta revelada na sentença fique imune a novos julgados e novas normas. Daí dizer-se que o instituto tem finalidade eminentemente prática, destinando-se a conferir estabilidade à tutela jurisdicional.

.....

"A imutabilidade não é só da decisão judicial, mas também de seus efeitos. Claro que tal cristalização perdura enquanto a situação da vida regulada pela sentença permanecer com as mesmas características.

"O julgamento de mérito formula a regra concreta e a relação de direito material apresentada ao juiz passa a ser regida por essa norma. Limita-se o pronunciamento judicial a declarar direito já existente, a definir os contornos e as circunstâncias de relações jurídicas nascidas do encontro do fato com a norma.

"Nada impede, porém, que acontecimentos posteriores influam naquela situação, alterando-a. A decisão judicial, obviamente, não pode impedi-los. São fatos novos incidentes sobre a situação da vida, modificando-a. Mas, enquanto permanecerem as mesmas circunstâncias, a imutabilidade perdura, visto configurar qualidade dos efeitos materiais da sentença. Representa garantia para a parte beneficiada pela decisão. Em consequência, ela própria pode abrir mão da situação de vantagem assegurada pela tutela jurisdicional." (*in* "Direito e processo: influência do direito material sobre o processo", 6ª edição, São Paulo: Malheiros, 2011, páginas 140 e 141).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vai no mesmo sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO SUPERAÇÃO DA COISA JULGADA. RELAÇÕES CONTINUATIVAS. AÇÃO PRÓPRIA. DESNECESSIDADE. 1. A controvérsia cinge-se à verificação da necessidade ou não de ajuizamento de demanda autônoma para reapreciação de sentenças transitadas em julgado, na hipótese do art. 471, I, do CPC de 1973. 2. O Superior Tribunal de Justiça entende que, 'Nas relações jurídicas continuativas, é possível a revisão da decisão transitada em julgado, desde que tenha ocorrido a modificação no estado de fato e de direito à vista do que preceitua o artigo 471, inciso I, do Código de Processo Civil' (AgRg no REsp 573.686/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 30/10/2006). 3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 596.663/RJ, consignou que se afigura possível a imediata cessação da eficácia executiva do julgado, não havendo necessidade de procedimento específico perante o Poder Judiciário. 4. O Superior Tribunal de Justiça também asseverou que não há necessidade de procedimento judicial específico para rediscussão da matéria (AgRg no AREsp 147.034/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em

Acesso ao Sumário

3/9/2013, DJe 16/9/2013). 5. Agravo Interno não provido." (agravo interno nos embargos de declaração no agravo no recurso especial 874.169/MG, Segunda Turma, relator Ministro Herman Benjamin);

"PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. IPTU. RELAÇÃO JURÍDICA DE TRATO SUCESSIVO. ALTERAÇÃO NO ESTADO DE DIREITO. CESSAÇÃO DA FORÇA VINCULATIVA DA COISA JULGADA. SÚMULA 239/STF. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Nos termos da Súmula 239/STF: 'decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício, não faz coisa julgada em relação aos posteriores'. 2. A jurisprudência desta Corte Superior se firmou no sentido de que 'não há ofensa à coisa julgada quando na relação jurídica continuativa ocorre alteração no estado de fato ou de direito' (AgRg no REsp 888.834/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 12/11/2007, p. 179). 3. Agravo interno não provido." (agravo interno no agravo em recurso especial 965.643/BA, Segunda Turma, relator Mauro Campbell Marques).

Em suma: impende acolher o pedido e reconhecer que, a partir da vigência da Lei Estadual 15.600/2014, o valor do imposto em foco, incluído nos emolumentos cobrados pelo autor, deve ser recolhido aos cofres públicos por ocasião da prestação de cada serviço, não mais na forma preconizada pelo artigo 9º, § 1º, do Decreto-lei 406/68.

Posto isso, dá-se provimento ao recurso: julga-se procedente o pedido, converte-se a importância consignada em renda do município e reputa-se realizado o pagamento, com extinção da obrigação tributária. Outrossim, condena-se o réu a suportar as despesas do feito e os honorários advocatícios de 10% (dez por cento) do valor da causa atualizado.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1012599-64.2018.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante RENATO BACELAR BRANDÃO, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.349)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente), FERMINO MAGNANI FILHO e FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 4 de dezembro de 2018.
MARIA LAURA TAVARES, Relatora

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – Pretensão de compelir a autoridade coatora a homologar o certificado de conclusão do curso de Técnico em Transações Imobiliárias expedido pelo Colégio Atos – Instituição educacional que teve sua autorização cassada posteriormente – Diploma expedido em 2010, ano em que o Colégio teve a sua autorização suspensa temporariamente – Documentos apresentados pelo impetrante que não comprovam a violação a direito líquido e certo – Impugnação da autenticidade dos documentos pelo impetrado – Necessidade de dilação probatória, inadmissível na via mandamental – Sentença que denegou a segurança mantida – Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por RENATO BACELAR BRANDÃO com a alegação de que concluiu o curso de Técnico em Transações Imobiliárias em 2010, no Colégio Atos - Atos Educação a Distância Universitária Ltda. - ME, mas que foi surpreendido com a informação de que todos os diplomas expedidos pelo referido Colégio teriam sido cassados em 2011. Sustenta que não recebeu qualquer comunicado pela Secretaria de Educação, razão pela qual não se inscreveu tempestivamente no "Exame de Regularização de Vida Escolar de Alunos de Escolas e Cursos Cassados", e que a cassação da autorização de funcionamento do Colégio foi posterior à conclusão do curso do impetrante, não podendo afetar os alunos que agiram com boa-fé. Requer a condenação da requerida ao reconhecimento da validade do Curso Técnico concluído pelo impetrante.

O representeaste do Ministério Público deixou de se manifestar por entender que inexiste nos autos controvérsia que exponha diretamente a risco a ordem jurídica, o regime democrático, ou discussão pertinente a interesses sociais ou individuais indisponíveis (fl. 75).

A r. sentença de fls. 78/82, cujo relatório é adotado, julgou improcedente o pedido, com o entendimento de que, embora se possa concluir pela existência de boa-fé do aluno que, anteriormente à cassação da autorização de funcionamento do Colégio, concluiu curso para o qual se matriculou, no caso dos autos o impetrante não juntou aos autos documentos comprovatórios nesse sentido,

apresentando apenas cópia do diploma e documentos referentes à atuação profissional. A Magistrada de 1ª instância destacou que o reconhecimento do direito alegado pelo impetrante demandaria dilação probatória, sendo que os documentos juntados aos autos não são suficientes para demonstrar a existência de direito líquido e certo.

O impetrante interpôs apelação a fls. 85/94 alegando, em síntese, que à época em que realizado o curso pelo impetrante o Colégio Atos estava totalmente regular junto aos órgãos fiscalizadores da Administração Pública, não sendo possível que os órgãos que autorizaram o funcionamento da instituição agora se recusem a reconhecer a validade do curso. Sustenta que as consequências de um controle ineficiente do Estado na prestação de uma atividade de inegável interesse público não podem recair sobre os usuários do serviço que agiram de boa fé.

Contrarrazões a fls. 100/106.

Recurso regular e tempestivo (fl. 113).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por ex-aluno do Colégio Atos objetivando o reconhecimento do seu diploma pela conclusão, em 2010, do curso de Técnico em Transações Imobiliárias, sob o argumento de que a cassação da autorização de funcionamento do Colégio foi posterior à conclusão do curso pelo impetrante, não podendo afetar os alunos que agiram com boa-fé.

Compulsando-se os autos, verifica-se que a autorização de funcionamento do Colégio Atos foi cassada por meio da Portaria do Coordenador de 07.10.2011, com efeitos a partir de 14.04.2009, tendo o autor concluído o seu curso no ano de 2010.

O entendimento desta Magistrada é no sentido de que os alunos que, de boa fé, concluíram curso em instituição de ensino cuja autorização de funcionamento foi posteriormente cassada pela Administração Pública não podem ser penalizados pela incúria administrativa quanto à fiscalização e autorização de funcionamento de tal estabelecimento.

Acesso ao Sumário

No caso dos autos, contudo, os documentos apresentados não demonstram, de forma inequívoca, que o impetrante efetivamente cursou e concluiu o Curso Técnico em período em que o Colégio possuía a devida autorização para funcionamento.

O impetrante juntou aos autos o diploma que indica ter concluído o curso de Técnico em Transações Imobiliárias no ano de 2010 (fl. 16).

Todavia, conforme informado pela autoridade coatora, o curso de Técnico em Serviços Imobiliários do Colégio Atos teve a sua autorização de

funcionamento temporariamente suspensa a partir de 20.01.2010, conforme a Portaria expedida pela Dirigente Regional de Ensino de Sorocaba (publicada no D.O.E. de 23.01.2010), tendo sido a autorização de funcionamento restabelecida em 30.06.2010, conforme Portaria publicada no D.O.E. da mesma data.

Ora, se o impetrante concluiu seu curso de Técnico em Transações Imobiliárias em 2010, ano em que a autorização de funcionamento para o referido curso permaneceu suspensa durante um semestre, não se pode afirmar, somente pelos documentos acostados aos autos, que o impetrante efetivamente cursou e concluiu o curso em período em que o Colégio funcionava regularmente e estava apto a expedir o seu diploma.

Ademais, a autoridade coatora impugnou a legitimidade do diploma apresentado pelo impetrante e destacou que o acervo do Colégio Atos foi recolhido pela Diretoria Regional de Ensino de Sorocaba, que o mantém sob guarda no "Núcleo de Vida Escolar", sendo que em tal acervo não constam quaisquer documentos quer comprovem a matrícula, a frequência e a realização de estágios supervisionados e demais atos acadêmicos do impetrante.

Diante de tais controvérsias acerca da autenticidade do diploma e da efetiva frequência do curso, é certo que a comprovação de que o impetrante agiu de boa fé e efetivamente cursou e concluiu o curso em período em que o Colégio possuía regular autorização para funcionamento demandaria dilação probatória, uma vez que o impetrante juntou aos autos tão somente a cópia do diploma e os documentos referentes à atuação profissional.

Assim, considerando-se que a documentação juntada aos autos não é suficiente para a comprovação do direito que o impetrante alega possuir e que o mandado de segurança não comporta dilação probatória, é de rigor a denegação da segurança.

Afinal, como leciona Hely Lopes Meirelles:

***"Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto a sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração - ou seja, pressupõe fatos incontroversos, demonstrados de plano por prova pré-constituída"* (Hely Lopes Meirelles, "Direito Administrativo Brasileiro", 30a ed., SP: Malheiros, p. 696).**

A ação mandamental exige que a liquidez e certeza do direito estejam comprovadas tão logo ocorra a impetração do *mandamus.* O mandado de segurança não comporta dilação probatória, de forma que havendo dúvida quanto à situação de fato, deverá a parte pleitear seus direitos através de ação que comporte a produção de provas.

Nesse sentido já decidiu este E. Tribunal de Justiça em casos análogos:

MANDADO DE SEGURANÇA – Pretensão ao reconhecimento do diploma de "Curso Técnico Transações Imobiliárias". Certificado

Acesso ao Sumário

expedido em 2009 pelo "Colégio Atos". Documentos apresentados pelo impetrante que não comprovam a violação a direito líquido e certo. Impugnação da autenticidade dos documentos pelo impetrado. Necessidade de dilação probatória, inadmissível pela estreita via mandamental. Sentença de procedência. Reforma. REEXAME NECESSÁRIO ACOLHIDO. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO. **(Apelação/Remessa Necessária nº 1030906-71.2015.8.26.0602; Rel. Des. Jarbas Gomes; 11ª Câmara de Direito Público; j. 29/06/2018).**

Mandado de Segurança – Reconhecimento de diploma de conclusão de ensino médio na modalidade supletiva EJA – Educação de Jovens e Adultos, emitido pelo Colégio Atos de Sorocaba – Documentação que acompanhou a inicial insuficiente à demonstração da efetiva realização do curso pela impetrante – Impugnação pelo impetrado, apoiado em aparentes incoerências nos documentos e questionamento da veracidade de certificados emitidos pelo Colégio em outras oportunidades – Necessidade de dilação probatória, incompatível com a ação mandamental – Recursos oficial e voluntário do Estado de São Paulo providos. **(Apelação Cível nº 1002970-03.2017.8.26.0602; Rel. Des. Luciana Bresciani; 2ª Câmara de Direito Público; j. 25/10/2017).**

ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – ENSINO – DIPLOMA – INVALIDAÇÃO – DÚVIDAS SOBRE A REGULARIDADE DA DOCUMENTAÇÃO – DIREITO LÍQUIDO E CERTO – AUSÊNCIA. 1. O mandado de segurança se destina à correção de ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal e ofensivo a direito individual, líquido e certo do impetrante (art. 5º, LXIX, CF). 2. Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, incontestável, manifesto, pré- constituído, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. 3. Curso técnico concluído em instituição que à época estava autorizada a funcionar. Acervo da instituição recolhido. Ausência de documentos que comprovem que a impetrante estudou na instituição. Situação incompatível com a exigência de liquidez e certeza do direito invocado. Sentença reformada. Segurança denegada. Reexame necessário acolhido. Recurso provido. **(Apelação Cível nº 1023434-19.2015.8.26.0602; Rel. Des. Décio Notarangeli; 9ª Câmara de Direito Público; j. 15/02/2017).**

Dessa forma, deve ser integralmente mantida a sentença recorrida, que deu correta solução ao caso.

Pelo exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

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.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1017693-88.2018.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante S MOTORS COM. IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., são apelados AGENTE VISTOR DA SUBPREFEITURA DE PINHEIROS e PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a arguição preliminar. Deram provimento ao recurso, por V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.168)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente) e JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA.

São Paulo, 4 de dezembro de 2018.

ENCINAS MANFRÉ, Relator

Ementa: Preliminar. Nulidade da sentença. Inocorrência. Não previsão na Lei 12.016/2009 a respeito de réplica acerca de informação prestada pela autoridade apontada coatora. Arguição preliminar desacolhida, portanto.

Apelação. Aplicação de sanções administrativas em decorrência de ausência de alvará de licença. Impossibilidade. Fiscalização realizada quando pendente análise pela municipalidade em relação a pedido formulado administrativamente para expedição de alvará de aprovação, o qual imprescindível para obtenção de licença para funcionamento. Inteligência do artigo 23, "caput", da Lei Municipal 13.558/2003, alterada pela Lei Municipal 13.876/2004. Logo, recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação (folhas 140 a 157) interposta por *S Motors Comércio Importação e Exportação Ltda*. à respeitável sentença (folhas 135 a 138) pela qual denegada a segurança por ela requerida a fim de que se reconhecesse a nulidade dos autos de infração 13-01.001.887-7 e 13-01.001.892-3, bem

ainda para que o *Município de São Paulo* fosse obstado de proceder lacração desse estabelecimento até que apreciados os processos administrativos 2016-0.025.908-8 e 2018-0.034.549-2.

Essa apelante, com efeito, alegou, em suma, o seguinte: a) preliminarmente, nulidade da sentença, haja vista ter sido prolatada sem que houvesse sido conferida vista dos autos a ela, recorrente, para manifestação em relação às informações prestadas pela autoridade apontada coatora; b) violação aos artigos 9º e 10 do Código de Processo Civil; c) logo, requerer o retorno dos autos ao MM. Juízo a quo a fim de que possibilitado o contraditório; d) em relação ao mérito, não caber a aplicação de sanção enquanto estiverem em andamento os processos administrativos para a regularização do imóvel; e) ter sido deferido após dois anos da respectiva formulação pedido para aprovação da obra; f) não lhe fora possível obter alvará de licenciamento em decorrência da morosidade do recorrido na apreciação dos pedidos administrativos; g) aplicação analógica do artigo 23 da Lei Municipal 13.558/2003; h) portanto, requerer a suspensão das penas administrativas aplicadas mediante os autos de fiscalização 13-01.001.887-7 e 13-01.001.892-3, como também que seja a municipalidade obstada de lhe impor outra sanção, em especial a referente à lacração do estabelecimento.

O *Município de São Paulo* respondeu (folhas 163 a 180) sustentando, em resumo, na seguinte conformidade: 1. ser válida a respeitável sentença, haja vista não estar prevista na Lei 12.016/2009 a possibilidade de réplica; 2. no tocante ao mérito, ser legítima a fiscalização efetivada; 3. por sinal, consoante o artigo 136 da Lei Municipal 16.402/2016 e o Decreto 49.969/2008, dever ser prévia a licença de funcionamento, não bastasse a regularidade da atividade somente poder ser reconhecida após a emissão do auto correspondente; 4. prever o artigo 141 da supradita lei dever ser aplicada multa, além da intimação para regularização da situação ou encerramento das atividades nos prazos dispostos nos respectivos incisos; 5. inaplicabilidade do artigo 23 desse diploma à hipótese ora sob foco; 6. Assim, requerer a manutenção dessa decisão a quo.

Sobreveio pedido dessa apelante para a concessão de antecipação de tutela recursal (folhas 190 a 196), o qual lhe fora deferido por este subscritor.

É o relatório, preservado, no mais, o referente a essa decisão ora sob recurso.

Impõe-se o provimento.

Antes da exposição das razões desse deslinde, não se acolhe a arguição preliminar dessa apelante a respeito de nulidade da sentença, pois, na hipótese ora sob foco, trata- se de impetração de mandado de segurança, remédio jurídico para o qual a Lei 12.016/2009 não previu réplica pela impetrante em relação a informações prestadas pela autoridade apontada coatora.

Com efeito, ainda que se admita a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil nessas ações constitucionais, as normas contidas nesse diploma processual apenas terão incidência quando não incompatíveis em relação à natureza da ação promovida.

E, como supraexposto, o artigo 12 da Lei 12.016/2009 dispõe que, após o cumprimento do prazo do artigo 7º, I (notificação da autoridade apontada coatora para apresentação de informações no prazo de dez dias), o juiz ouvirá o Ministério Público e, em seguida, sentenciará.

Além disso, não se olvida que, por se tratar de mandado de segurança, a demonstração do direito líquido e certo deve depreender-se da petição inicial, haja vista ser inviável a dilação probatória.

Por sinal, a prolação de sentença decorrerá da análise do contido na inicial e nas informações.

Logo, não se reconhece a alegada nulidade da sentença.

Nesse sentido, aliás, mutatis mutandis, destaca-se aresto desta Corte assim ementado em parte:

"DIREITO PÚBLICO – MANDADO DE SEGURANÇA (...) – CERCEAMENTO DE DEFESA POR NÃO TER SIDO FACULTADO AO IMPETRANTE SE MANIFESTAR SOBRE AS INFORMAÇÕES DA AUTORIDADE – INOCORRÊNCIA – A apresentação de informações, em mandado de segurança, não enseja a abertura de prazo para réplica – Ausência de previsão na Lei nº 12.016/09, em razão da celeridade do rito – Ademais, julgamento antecipado de acordo com os preceitos legais. MÉRITO – MANUTENÇÃO – O candidato aprovado em concurso público, mediante classificação incompatível com o número de vagas disponíveis no Edital, tem mera expectativa, e não direito subjetivo à posse e nomeação – Inexistência de direito líquido e certo à nomeação, situação não modificada pela publicação de edital de novo concurso, em função da conveniência e oportunidade da Administração – Precedentes desta Corte Bandeirante. Preliminares afastadas – Sentença denegatória da ordem confirmada – Recurso desprovido."[1]

Em relação ao mérito, ora se acolhe o alegado por essa recorrente – motivo da resumida descrição constante no supradito relatório –, porquanto de rigor o reconhecimento de nulidade das sanções aplicadas em decorrência de fiscalizações empreendidas no estabelecimento dessa apelante (autos de fiscalização 13-01.001.887-7 e 13-01.001.892-3).

É que essas penas foram impostas enquanto pendente processo administrativo para a aprovação da obra, o qual imprescindível para obtenção da licença de funcionamento (2016-0.025.908-8).

Acesso ao Sumário

1 Apelação 1021473-07.2016.8.26.0053, relator o desembargador Antonio Tadeu Ottoni, 13ª Câmara de Direito Público, julgamento em 29 de agosto de 2018.

Com efeito, em 3 de fevereiro de 2016, essa apelante formulou pedido administrativo para a municipalidade a fim de que lhe fosse deferido alvará de aprovação e execução de reforma (folhas 43 e 47).

Por sinal, o Decreto 53.415/2012 prevê no artigo 9º ser, no máximo, de vinte dias o prazo para apreciação desse requerimento[2]. Todavia, observado o extrato relacionado ao trâmite desse procedimento, essa prescrição não fora observada.

Deveras, a expedição desse alvará demorou mais de dois anos para ser deferida (deferimento tão somente em 27 de junho de 2018 – folhas 198).

Nesse sentido, ainda, prevê o *caput* do artigo 23 da Lei Municipal 13.558/2003 (alterada pela Lei Municipal 13.876/2004) não poder sofrer o estabelecimento autuação por falta de auto de licença de localização e funcionamento ou alvará de funcionamento enquanto houver processo de regularização em andamento.[3]

Desse modo, no período em que empreendidas as fiscalizações (fevereiro e março de 2018 – folhas 20, 21 e 22/23), o processo administrativo relacionado ao alvará de aprovação de reforma ainda estava pendente de análise e, portanto, não era possível a aplicação de sanções decorrentes da ausência de licença para o funcionamento.

Outrossim, objetivado fosse-lhe assegurado o respectivo direito, antes do deferimento da expedição do alvará de aprovação, essa recorrente, em 3 de abril de 2018, formulara administrativamente pedido tendente à obtenção de licença de funcionamento (folhas 48 a 50).

Daí ser caso de conceder-se a segurança objetivada para afastar as penas

2 *"Art. 9º. Os prazos para apreciação dos pedidos de Alvará de Aprovação e de Alvará de Execução de que trata este decreto serão de, no máximo, 20 (vinte) dias e 10 (dez) dias, respectivamente, e de Alvará de Licença para Residência Unifamiliar de, no máximo, 30 (trinta) dias.*
§1º. Os prazos para apreciação dos peidos de que trata o "caput" deste artigo, quando relativos a edifício público da Administração Direta, a habitação de interesse social ou que necessite anuência de outros órgãos, serão de, no máximo, 90 (noventa) dias, 30 (trinta) dias e 120 (cento e vinte) dias, respectivamente, ressalvados os casos excepcionais, devidamente motivados.
§2º. Os prazos previstos neste artigo ficarão suspensos durante a pendência de atendimento, pelo interessado, das exigências feitas em "comunique-se", bem como durante o aguardo de informações ou pareceres de outros órgãos."

3 *"Art. 23. As edificações de que trata esta lei, enquanto seus processos de regularização estiverem em andamento, não serão passíveis de sanção em decorrência de infrações regularizáveis nos termos ora fixados ou por falta do Auto de Licença de Localização e Funcionamento ou de Alvará de Funcionamento.*
§ 1º Ficam excluídas do disposto no "caput" deste artigo as seguintes situações constatadas pela fiscalização:
I - as edificações que não atendam às condições mínimas de estabilidade e salubridade;
II - o exercício de atividade que não atenda aos níveis de ruídos permitidos, à poluição ambiental e aos horários de funcionamento, conforme a legislação pertinente;
III - o exercício de atividade, qualquer que seja, que esteja causando transtorno ou incômodo aos vizinhos e à população em geral;
IV - o uso não-conforme na zona de uso.
§ 2º Para as edificações que necessitem do Alvará de Funcionamento de Local de Reunião - AFLR ou do Auto de Verificação de Segurança serão aplicadas as disposições previstas no art. 7º desta lei."

Acesso ao Sumário

aplicadas mediante os autos de fiscalização 13-01.001.887-7 e 13-01.001.892-3, bem ainda determinar-se à municipalidade que se abstenha de interditar o estabelecimento dessa apelante enquanto pendente a apreciação de pedido administrativo para a concessão de alvará de funcionamento.

Nesse passo, outrossim, *mutatis mutandis*, são presentes acórdãos deste Tribunal cujas ementas têm as seguintes conformidades:

"Mandado de Segurança – Estabelecimento comercial – Interdição administrativa – Procedimento administrativo não encerrado – Impossibilidade de aplicação de sanção – Inteligência do art. 23 da Lei nº 13.558/2004, com a alteração promovida pela Lei nº 13.876/2004 – Posterior deferimento administrativo de pedido de regularização do imóvel Sentença denegatória da segurança reformada Recurso provido."[4]

"MANDADO DE SEGURANÇA – Interdição de estabelecimento – Documentação que aponta no sentido de que a licença de funcionamento depende da apreciação de recursos administrativos pendentes de análise pela Administração Municipal – Alegações não refutadas adequadamente – Impossibilidade de interdição de estabelecimento enquanto pendentes processos administrativos – Ato administrativo que implica prejuízo ao administrado – Sentença de denegação da segurança – Recurso provido."[5]

Portanto, acolhe-se o alegado pela apelante, por um lado, e, de outro, não se dá guarida ao argumentado pelo recorrido e, assim, concede-se a segurança objetivada.

Sem condenação em honorários advocatícios em razão da natureza da ação mandamental.

À vista do exposto, dá-se provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001014-51.2017.8.26.0666, da Comarca de Artur Nogueira, em que é apelante NEOPAV ENGENHARIA PAVIMENTAÇÃO E INFRAESTRUTURA LTDA., é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE ENGENHEIRO COELHO.

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 da Relatora,

Acesso ao Sumário

4 Apelação 1037780-07.2014.8.26.0053, relator o desembargador Marrey Uint, 3ª Câmara de Direito Público, julgamento em 6 de fevereiro de 2018.

5 Apelação 1053629-14.2017.8.26.0053, relator o desembargador Reinaldo Miluzzi, 6ª Câmara de Direito Público, julgamento em 30 de julho de 2018.

que integra este acórdão. **(Voto nº 26.345)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente), CARLOS VIOLANTE e WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI.

São Paulo, 23 de novembro de 2018.

BEATRIZ BRAGA, Relatora

Ementa: Ação revisional de lançamento c.c. repetição de indébito. ISSQN sobre serviço de pavimentação asfáltica. Legislação municipal que estabelece alíquotas diferenciadas em função do tipo de via pavimentada (ruas urbanas e rodovias).

Seletividade do imposto caracterizada. Alíquotas diversas em razão da diversidade do objeto tributado.

Apesar de não haver disposição legal ou constitucional expressa acerca da possibilidade da seletividade em relação às alíquotas do ISSQN, sabe-se que o Município dispõe de competência para instituir o referido tributo e, dentro desse aspecto, pode atribuir aos diversos tipos de serviços alíquotas dentro os permissivos legais máximos e mínimos (5% e 2%, respectivamente – art. 8 e art. 8-A da LC 116/03).

Ausência de vícios na cobrança, que deve ser mantida. Manutenção da sentença atacada, com majoração dos honorários nos termos do art. 85, §11º do NCPC.

Nega-se provimento ao recurso, com majoração dos honorários.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra sentença de improcedência nos autos da ação revisional de lançamento c.c. repetição de indébito ajuizada por **Neopav Engenharia Pavimentação e Infra-estrutura Ltda** em face do **Município de Engenheiro Coelho**, com condenação daquela ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa – R$203.174,10 (fls. 84/87).

É da inicial que a autora ajuizou a presente ação revisional de lançamento c.c. repetição de indébito sob o argumento de que fora contratada pela empresa Intervias, Concessionária de Rodovias do Interior Paulista, para realização de serviços na rodovia localizada na cidade de Engenho Coelho/SP. Aduz que

recolheu ISSQN com alíquota de 5%. No entanto, informa que a cobrança do imposto vem sendo feita com duas alíquotas diferentes: 2,5% para obras realizadas em ruas na cidade e 5% para obras realizadas em rodovias. Alegou que houve violação aos princípios constitucionais da capacidade contributiva, da isonomia, vedação ao confisco e razoabilidade.

Nesse contexto, requereu a declaração incidental da inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 1/2003, precisamente do subitem 7.02.1, a fim de possibilitar-se a revisão dos lançamentos tributários com a redução da alíquota para 2,5%, bem como a restituição dos valores pagos mediante compensação tributária.

Após regular tramitação processual, sobreveio sentença de improcedência. Entendeu o juiz que a competência tributária do Município foi exercida dentro das disposições constitucionais e legais, de modo a afastar-se as alegações da autora.

Inconformada, apela a autora (fls.89/105). Repete os mesmos termos da inicial, notadamente a impossibilidade do uso de alíquotas diferenciadas (seletividade) ao ISSQN. Pede a reforma total da decisão atacada.

Contrarrazões a fls.110/124.

É o relatório.

Preenchidos os requisitos previstos no diploma processual civil, o recurso deve ser recebido.

Cinge-se à controvérsia acerca da possibilidade do Município instituir alíquotas diferenciadas para o serviço de pavimentação de vias em função do tipo de via pavimentada (vias urbanas e rodovias).

É dos autos que a autora foi contratada pela empresa Intervias - Concessionária De Rodovias Do Interior Paulista, para executar serviços de terraplenagem, pavimentação asfáltica e serviços de drenagem e serviços complementares, em duplicação de rodovia localizado nessa cidade de Engenheiro Coelho-SP.

Pelos serviços prestados, houve o recolhimento do ISSQN com alíquota de 5%. No entanto, pretende o autor revisar tal cobrança com a alíquota de 2,5% e obter a restituição do excesso recolhido.

Insta salientar que o Município de Engenheiro Coelho realiza a cobrança de ISSQN, para o serviço prestado pela autora, mediante 02 alíquotas distintas, a saber:

> 7.02 - Execução, por administração, empreitada ou sub empreitada, de obras de construção civil, hidráulica, ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplenagem, pavimentação, concretagem, e a instalação e montagem de produtos, pecas e equipamentos (exceto o

Acesso ao Sumário

fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS). – **alíquota – 2,5%.**

7.02.1 - quando realizados em rodovias. – **alíquota – 5,0%.**

Nesse contexto, percebe-se que há, na prática, a utilização de alíquotas distintas para o serviço de pavimentação asfáltica: *2,5%* se realizado em vias urbanas e *5%* se realizado em rodovias.

Existe, assim, *seletividade* tributária do ISSQN em função do tipo de via pavimentada.

Nas palavras de Hugo de Brito Machado, "seletivo, (...), é o imposto cujas alíquotas são diversas em razão da diversidade do objeto tributado."

Em outras palavras, "imposto **seletivo** é aquele que onera diferentemente os bens sobre os quais se incide, como é o caso do IPI que recai sobre os produtos essenciais. **A seletividade tem caráter extrafiscal**. Assim, uma alíquota de 0,7% para imóveis residenciais (bem essencial), 2% para imóveis comerciais, e alíquotas de 1%, 2%, 3% e 5% para os imóveis não edificados, conforme a região onde se encontram, é seletiva, mas não progressiva. Alíquotas progressivas são aquelas que crescem quando cresce a base de cálculo, que, conforme jurisprudência do STF, não podem ser aplicadas aos impostos reais, salvo permissivo constitucional". Hugo de Britto Machado, IPTU – ausência de progressividade. Distinção entre progressividade e seletividade em RDDT nº 31, abril/98).

Não há disposição legal ou constitucional expressa acerca da possibilidade da seletividade em relação às alíquotas do ISSQN. No entanto, sabe-se que o Município dispõe de competência para instituir o referido tributo e, dentro desse aspecto, pode atribuir aos diversos tipos de serviços alíquotas dentro os permissivos legais máximos e mínimos (5% e 2%, respectivamente – art.8 e art.8-A da LC 116/03). Por tal motivo, qual seja, observância das alíquotas mínimas e máximas, não há que se falar em cobrança com efeito confiscatório.

Nesse contexto, pode-se traçar um paralelo com a questão da progressividade do ITCMD. Para tanto, não se deve olvidar STF permitiu a utilização de alíquotas progressivas para o ITCMD no aresto RE 562045, mesmo sem permissivos no ordenamento jurídico. Utilizou-se do raciocínio que referido tributo, na sucessão causa mortis, pode ser progressivo em função da capacidade contributiva do sujeito passivo. Assentou que o legislador poderia estabelecer faixas de alíquotas crescentes para efetivar o princípio constitucional da igualdade (tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais), pois detentor de competência tributária de cunho constitucional.

Destarte, utilizando-se da mesma linha de raciocínio do pretório excelso, pode-se consignar que não se vislumbra inconstitucionalidade na adoção de

Acesso ao Sumário

alíquotas seletivas para o ISSQN.

Assim, pode-se asseverar que o legislador municipal pode diferenciar as alíquotas do ISSQN em função da essencialidade do objeto alvo do serviço prestado, no intuito de criar preferências visando a melhor administração de seu território e a facilitação de serviços que tragam melhorias (como no caso de pavimentação) diretamente em seu território.

Ora, onerar com alíquotas menores a pavimentação de vias urbanas em detrimento de rodovias torna nítida a prioridade do legislador em facilitar a pavimentação que beneficie diretamente seus cidadãos frente àqueles que apenas atravessam sua circunscrição por meio de rodovias.

Patente, pois, que não há qualquer vício de inconstitucionalidade na cobrança infirmada.

Outrossim, cabe transcrever trecho da decisão atacada, que aqui se adota como parte das razões de decidir:

> *No mais, a diferenciação de alíquota referente aos serviços prestados em ruas localizadas dentro do município e em rodovia é plenamente possível, visto se tratar de situações distintas, ainda que semelhantes, não cabendo ao Poder Judiciário se imiscuir na competência conferida pelo constituinte ao município para instituir a alíquota do ISS da forma como melhor lhe aprouver, devendo o ente público se limitar, tão somente, a respeitar os valores mínimo e máximo estabelecidos pelos artigos 8º e 8º-A da LC 116/03.*
>
> *Dessa forma, e considerando-se que o requerido simplesmente exerceu competência que lhe foi dada pela Constituição Federal, nenhuma razão assiste ao autor, tendo em vista que o Município de Engenheiro Coelho agiu de forma lícita ao cobrar o ISS nos exatos termos realizados, não havendo que se falar em qualquer violação aos primados da igualdade (visto se tratar de condutas distintas, sendo muito mais complexa a atividade prestada em rodovias do que aquelas prestadas em ruas e avenidas), vedação ao confisco, proporcionalidade, capacidade contributiva (visto que o autor foi tributado de acordo com o volume de operações e serviços prestados a terceiros, sendo evidente que a capacidade econômica das pessoas que realizam obras mais complexas, tais como aquelas havidas em rodovias, é maior que a de empresas que prestam tais serviços em pequenas ruas e avenidas de cidade pequena, tal como é o caso do Município de Engenheiro Coelho) e da legalidade.*

Sendo assim, ficam mantidos os lançamentos e, consequentemente, a sentença atacada. Ato contínuo, conforme determinado pelo artigo 85, § 11, do NCPC, majora-se o percentual dos honorários de 10% para 13%, incidente sobre a base de cálculo indicada na sentença.

Por fim, para viabilizar o acesso aos Tribunais Superiores, consideram-se prequestionadas as questões deduzidas e imprescindíveis à solução do caso,

Acesso ao Sumário

uma vez que, dirimida a controvérsia, tem-se como desnecessária a citação numérica de dispositivos de lei, conforme entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça (EDcl no RMS 18205/SP, Min. Felix Fischer, DJ 8.5.2006).

Ante o exposto**, nega-se provimento ao recurso e majora-se a verba honorária, nos termos do acórdão.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0533087-08.2004.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO BERNARDO DO CAMPO, é apelado SAMUEL DOS REIS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.362)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente) e CARLOS VIOLANTE.

São Paulo, 28 de novembro de 2018.

ROBERTO MARTINS DE SOUZA, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Execução – IPTU e Taxa de Conservação de Vias e Logradouros do exercício de 2003 – Sentença que reconheceu, de ofício, a nulidade da CDA e extinguiu a ação – Inconformismo fazendário improcedente – Nulidade da CDA em decorrência do não preenchimento dos requisitos legais (art. 202, III, do CTN e art. 2º, §5º, III, da Lei nº 6.830/1980) – Ausência de indicação da fundamentação legal específica e data de vencimento do tributo – Exercício do contraditório e da ampla defesa prejudicado – Vício que afeta o próprio lançamento e/ou a inscrição – Impossibilidade da substituição da CDA – Nulidade do título executivo extrajudicial reconhecida, nos termos do artigo 485, IV, do CPC/15 – Sentença mantida – Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo **Município de São Bernardo do Campo** da r. sentença de fls.23/28 que extinguiu a execução fiscal ajuizada pelo apelante em face de **Samuel dos Reis** cobrando créditos tributários oriundos de IPTU e Taxa de Conservação de Vias e Logradouros do exercício de 2003, no valor de R$1.561,76, reconhecendo a nulidade da CDA por ausência de fundamentação legal, fundada a extinção no artigo 924, I, do CPC/15.

Nas razões recursais (fls.30/37) sustenta o apelante que até a decisão de primeira instância, a CDA poderá ser emendada ou substituída. Alega violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, bem como ao §8º, do artigo 2º, da LEF. Menciona inteligência dos artigos 4º, 6º, 9º, 10 e 321, ambos do CPC/15. Alega, ainda, que houve o reconhecimento e parcelamento da dívida por parte do executado e que deste modo o curso da ação estaria interrompido (arts. 151, VI, e 174, parágrafo único, IV, do CTN). Pede a reforma da r. sentença e o prosseguimento da execução fiscal.

Não foram apresentadas contrarrazões, vez que o executado não está representado nos autos.

Isento de preparo, tempestivo e em condições de julgamento, recebo o recurso de fls.30/37 em seus regulares efeitos.

É o relatório.

Inicialmente, convém obtemperar que as regras contidas nos artigos 10 e 933 do CPC/2015 devem ser analisadas à luz do princípio da celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, da CF e art. 139, II, do CPC/2015) e também em consideração ao contraditório útil, que torna dispensável prévia oitiva das partes quando sua manifestação não tiver o condão de influenciar eventual decisão.

Veja-se, acerca do tema, o enunciado 03 do ENFAM:

"É desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa".

O reclamo externado pela Municipalidade não merece guarida, cabendo manutenção da nulidade da CDA.

Trata-se de execução fiscal ajuizada pelo **Município de São Bernardo do Campo** cobrando créditos tributários oriundos de IPTU e Taxa de Conservação de Vias e Logradouros do exercício de 2003, no valor de R$1.561,76 (cf. CDA de fl.03), distribuída em 16/11/2004.

De fato, o exame do título executivo revela que tais documentos não preenchem os requisitos previstos nos artigos 202, III, do CTN e 2º, §5º, III, da LEF preconizando que a inscrição da dívida ativa somente gera presunção de liquidez, certeza e exigibilidade na medida em que contenha todas as exigências legais, a forma de cálculo da multa, dos juros de mora e de correção monetária, bem como a fundamentação legal do principal e acréscimos, mas o título executivo ora em discussão não mencionam nenhum diploma legal. Sequer

Acesso ao Sumário

indica a data de vencimento de parcela única ou de parcelas mensais para que o contribuinte calcule os acréscimos e com indicação da forma de realizá-los.

Na hipótese vertente, a CDA em apreço traz a discriminação das cobranças como sendo "**Rubrica 0200 imposto territorial urbano; e Rubrica 3010 taxa de conservação de vias e logradouros**".

A descrição do débito está confusa impossibilitando saber o que exatamente está sendo cobrado, necessitando utilizar-se de deduções para que o contribuinte possa se defender, denotando-se que não há nos títulos executivos a legislação que embasa a cobrança e nem a data do vencimento, constando apenas a data da inscrição do débito em dívida ativa.

Ora, os artigos em comento preconizam que a inscrição da dívida ativa somente gera presunção de liquidez, certeza e exigibilidade na medida em que contenha todas as exigências legais, a forma de cálculo da multa, dos juros de mora e de correção monetária, bem como a fundamentação legal do principal e acréscimos.

Com efeito, no caso, não foram observados pelo exequente os critérios estabelecidos no inciso **III do § 5º** do artigo **2º** da **LEF**, que lhe impõe o dever de fazer constar no título executivo, a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida.

A esse respeito o magistério de LEANDRO PAULSEN:

"É imperativo que conste do Termo de Inscrição e, posteriormente, da CDA, a indicação do dispositivo legal que fundamenta o débito. Não basta a indicação genérica a tal ou qual lei. Exige-se a indicação do dispositivo específico, do artigo em que resta estabelecida a obrigação" (*in* Direito Tributário, 11ª ed., Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 2009, p. 1280).

Nesse diapasão, já se pronunciou o C. STJ:

"Os arts. 202 do CTN e 2º, § 5º da Lei nº 6.830/80, preconizam que a inscrição da dívida ativa somente gera presunção de liquidez e certeza na medida em que contenha todas as exigências legais, inclusive, a indicação da natureza do débito e sua fundamentação legal, bem como forma de cálculo de juros e de correção monetária. A finalidade dessa regra de constituição do título é atribuir à CDA a certeza e liquidez inerentes aos títulos de crédito, o que confere ao executado elementos para opor embargos, obstando execuções arbitrárias" (AgRg no REsp 971090/PR, 1ª Turma, Rel. Ministro LUIZ FUX, j. 21/10/2008, DJe 13/11/2008). – destaquei –

É cediço que a CDA é um título formal, sendo necessária a presença dos requisitos do art. 202, do CTN e do art. 2º, §§ 5º e 6º, da Lei nº 6.830/80, com o intuito de assegurar o direito de ampla defesa ao executado, cabendo à Fazenda Pública obediência ao princípio da legalidade, conforme preceitua o art. 37,

Acesso ao Sumário

caput, da CF.

Hugo de Brito Machado contribui para o entendimento da questão:

"A dívida regularmente inscrita goza de presunção de certeza e liquidez. A certidão de inscrição respectiva tem o efeito de prova pré- constituída (CTN, art. 204). Essa presunção, todavia, é relativa, podendo ser elidida por prova inequívoca a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a quem aproveite (CTN, art. 204, parágrafo único). A isto equivale dizer que a dívida ativa regularmente inscrita é líquida e certa até prova em contrário" (*in* "Curso de Direito Tributário", 30ª edição, Editora Malheiros, pág. 260).

E também assim já decidiu o C. STJ:

"***PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. REQUISITOS ESSENCIAIS. DESOBEDIÊNCIA AOS DITAMES DO ART. 2.º, § 5º, DA LEI 6.830/80. PRECARIEDADE PATENTE. RESPEITO AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. NULIDADE DO TÍTULO. (...). 2.***

A CDA, enquanto título que instrumentaliza a execução fiscal, deve estar revestida de tamanha força executiva que legitime a afetação do patrimônio do devedor, mas à luz do Princípio do Devido Processo Legal, proporcionando o enaltecimento do exercício da ampla defesa quando apoiado na estrita legalidade.3. Os requisitos legais para a validade da CDA não possuem cunho formal, mas essencial, visando permitir a correta identificação, por parte do devedor, do exato objeto da execução, com todas as suas partes constitutivas (principal e acessórias), com os respectivos fundamentos legais, de modo que possa garantir, amplamente, a via de defesa. 4. É inadmissível o excesso de tolerância por parte do juízo com relação à ilegalidade do título executivo, eis que o exequente já goza de tantos privilégios para a execução de seus créditos, que não pode descumprir os requisitos legais para a sua cobrança. 5. Recurso não-provido" (STJ – Primeira Turma Resp 807030/RS – Rel. Min. José Delgado – j.21/02/2006). – grifei –

Portanto, para dar efetividade ao princípio constitucional da ampla defesa, a CDA deve conter a correta identificação do devedor, o exato objeto da execução, com todas as suas partes constitutivas (principal e acessória) e com os respectivos fundamentos legais, o que não ocorreu no caso vertente.

A finalidade da constituição do título é atribuir à CDA a certeza, liquidez e exigibilidade inerentes aos títulos de crédito, o que confere ao executado elementos para opor embargos, obstando execuções arbitrárias.

Nesse sentido esta C. 18ª Câmara de Direito Público já se pronunciou a respeito do assunto:

"Execução Fiscal. ISSQN dos exercícios de 1995 e 1996. Sentença que extinguiu o processo, em parte, em razão da ocorrência da prescrição

Acesso ao Sumário

originária e, em parte, porque ausente interesse processual do exequente na execução de pequeno valor. Insurgência da municipalidade. Análise do mérito recursal que resta prejudicada ante a constatação de que as CDAs sequer explicitam a fundamentação legal das exigências principais. Ausência dos requisitos estabelecidos no art. 2º, § 5º, inciso III, da Lei n. 6.830/80, e no art. 202, inciso III, do CTN. Inadmissibilidade de emenda ou substituição. Distinção entre defeito formal da petição inicial, que determina a intimação do autor para efetivar a sua emenda (art. 284 do CPC/1973 e art. 321 do CPC/2015), e vício do título executivo extrajudicial (art. 618, I, do CPC/1973 e art. 803, I, do CPC/2015), que implica em nulidade da execução e não admite provocação do juízo em favor de uma das partes, para preservação do princípio da imparcialidade. Extinção, de ofício, do processo executivo, com fundamento no art. 267, IV, do Código de Processo Civil de 1973 e no art. 485, IV, § 3º, do CPC/2015, por ausência de pressuposto material de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo. Recurso prejudicado." (Apelação nº 0041919-58.2002.8.26.0564, Rel. Des. Ricardo Chimenti, comarca de São Bernardo do Campo, j. 08/02/2018);

Consequentemente, a CDA que embasa a presente execução é nula, porquanto não traz a correta descrição do débito, não havendo como se cogitar da certeza, liquidez e exigibilidade do crédito executado.

Não é de se olvidar que, em muitos casos, apesar da existência de vício formal ou material, é possível oportunizar ao exequente que proceda à substituição da CDA, com emenda dos equívocos apontados (art. 2º, § 8º da LEF) (Cf. Esp nº 1225978/RJ, Recurso Especial 2010/0226588-5, Rel. Min. Mauro Campbell Marques j. 17/02/11).

Insta consignar que não se trata de equívoco passível de saneamento, caso em que teria aplicação o contido nos artigos 139, IX e 317, do CPC/2015, a fim de oportunizar ao exequente sua correção.

Isto porque referido vício afeta o próprio lançamento efetuado, que terá de ser refeito.

Não se vislumbra, ainda, no caso vertente, vício formal da petição inicial a ensejar a intimação do exequente para emendá-la (art. 321, do CPC/2015), mas sim que se trata de eiva no título executivo que fundamenta a execução, o que conduz inexoravelmente à extinção do feito, nos termos do art. 803, I, e parágrafo único, do mesmo diploma legal.

Destarte, é de rigor seja afastada a presunção relativa de liquidez e certeza do título, no que tange ao aspecto formal da CDA, diante do disposto no art. 204 e seu parágrafo único do CTN, porquanto ausente pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

Ad argumentandum, cabe ressaltar que não houve quaisquer acordos ou parcelamentos da dívida pelo executado como aludido pela Fazenda Pública,

portanto, não sendo caso de suspensão ou interrupção da execução fiscal.

Diante de tais considerações, é de rigor o reconhecimento da nulidade dos títulos executivos, ao que leva à extinção da execução fiscal, com fundamento no art. 485, IV, do CPC/15, ficando mantida a r. decisão de primeiro grau como proferida.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001101-06.2017.8.26.0090, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, é apelado PAULO FERNANDES ROCHA.

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 7.698)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVA RUSSO (Presidente) e ERBETTA FILHO.

São Paulo, 30 de novembro de 2018.

RAUL DE FELICE, Relator

Ementa – APELAÇÃO CÍVEL – Cumprimento de sentença – Município de São Paulo – Juros de mora dos honorários advocatícios fixados a partir do trânsito em julgado da sentença – Cabimento – Ausência de cumprimento espontâneo da obrigação estampada no título executivo – O regime de expedição de precatórios não se aplica à Requisição de Pequeno Valor – Aplicação art. 100, §3º, da CF – Sentença mantida – Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de execução de sentença apresentada por **PAULO FERNANDES ROCHA** em face da **PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO**, visando o recebimento dos ônus sucumbenciais provenientes de embargos à execução fiscal de multa administrativa julgados procedentes por meio de decisão transitada em julgado. A municipalidade apresentou impugnação

em face do valor calculado, que foi parcialmente acolhida pela sentença de fls. 56/58, sob o argumento de que o valor inicial utilizado no cálculo dos honorários está correto, qual seja, o valor da causa, que é de R$ 5.073,31, com incidência de juros de mora de 1% ao mês a contar do trânsito em julgado da sentença executada, condenando as partes ao pagamento de metade das custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor cobrado em excesso para o exequente, e 10% sobre o valor da cobrança para Município de São Paulo.

O exequente Paulo Fernandes Rocha não apresentou inconformismo e a Municipalidade interpôs recurso de apelação às fls. 69/76 requerendo o afastamento dos juros de mora a partir do trânsito em julgado da sentença de extinção da execução, alegando que a incidência ocorre apenas após o transcurso do prazo para pagamento do precatório ou da requisição de pequeno valor, conforme o caso, nos termos do § 5º do art. 100 da Constituição Federal. Ademais, sustenta que a fixação da verba honorária em desfavor da Fazenda Pública deve ser módica e condizente com a falta de complexidade da causa.

Não foram apresentadas contrarrazões.

Recurso tempestivo e isento de preparo, nos termos do art. 1007, §1°, do CPC/15.

É O RELATÓRIO.

Trata-se de execução de sentença transitada em julgado apresentada por Paulo Fernandes Rocha em face da Prefeitura Municipal de São Paulo, visando o recebimento de R$ 1.049,23 relativos aos honorários provenientes dos embargos à execução fiscal nº 142.112/06 julgados procedentes diante do reconhecimento da prescrição da multa administrativa objeto da ação, tendo o valor sido encontrado pelo exequente mediante atualização do valor da causa, que era de R$ 5.073,71 em fevereiro de 2013, somado a 55% de multa moratória, dos quais foram calculados 10% conforme arbitrado na condenação (fls.01/03).

A Municipalidade executada apresentou impugnação às fls. 43/46 alegando que a inclusão de multa moratória é indevida na apuração de honorários, pois há incidência de juros somente nos casos em que a verba não for paga no prazo estipulado para o pagamento do precatório ou da requisição de pequeno valor, já que o fato gerador é a constituição em mora, e ainda, que o valor apurado está incorreto pois não foi calculado segundo a tabela prática para cálculo de atualização monetária dos débitos judiciais relativos às fazendas públicas do TJSP, tampouco utilizou o valor da causa constante na inicial de R$ 1.835,70, de modo que o valor correto devido a título de honorários seria de R$ 258,91 em setembro de 2017.

Acesso ao Sumário

A sentença de fls. 56/58 acolheu a impugnação somente quanto à pretendida atualização monetária, determinando o prosseguimento da verba de sucumbência

no valor de R$ 614,48 (atualizado até março de 2015) com incidência de juros de mora de 1% ao mês a contar do trânsito em julgado da sentença executada, gerando a interposição do presente recurso da Municipalidade de São Paulo, que não merece prosperar.

Os juros moratórios devem incidir sobre a dívida proveniente do título executivo desde o trânsito em julgado até o efetivo pagamento, já que a condenação estampada na sentença apenas certifica a inadimplência da Fazenda Pública em relação a uma obrigação que deveria ter sido cumprida espontaneamente, não podendo o sistema de precatórios ser confundido com moratória.

Assim, no período compreendido entre a elaboração dos cálculos da dívida da Fazenda Pública e a data da expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor, também há incidência de juros moratórios.

Sobredito entendimento foi firmado pelo E. STF no julgamento do RE 579.431/RS, ao qual foi atribuída Repercussão Geral, com acórdão transitado em julgado em 16/08/2018, de relatoria do Min. Marco Aurélio, cuja ementa foi assim lavrada:

> *"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."*

Outrossim, conforme disposto no artigo 100, §3º, da Constituição Federal, o regime de expedição de precatórios não se aplica à Requisição de Pequeno Valor (caso dos autos), não havendo, consequentemente, submissão ao período de dezoito meses previsto no §5º do mesmo artigo.

Assim, eventuais controvérsias que pudessem existir acerca dos dispositivos legais ora combatidos foram afastadas pelo entendimento exarado pelo C. STF, sendo de rigor seu acatamento, mantendo-se a sentença impugnada ora como proferida.

Por fim, considerando-se a ausência de trabalho do patrono do exequente em grau recursal, deixo de aplicar o disposto no §11 do art. 85 do CPC/2015 para fins de majoração de honorários advocatícios.

Face ao exposto, **nega-se provimento ao recurso da Municipalidade**, nos termos do acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1104653-76.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante COMPANHIA

Acesso ao Sumário

DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP, é apelado CEOS COMERCIAL E CONSTRUÇÃO LTDA.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "EM JULGAMENTO ESTENDIDO, Deram provimento ao recurso, POR MAIORIA DE VOTOS, VENCIDOS OS DESEMBARGADORES SOUZA NERY E RIBEIRO DE PAULA, QUE DECLARARÃO. ACÓRDÃO COM O DESEMBARGADOR EDSON FERREIRA. O DESEMBARGADOR SOUZA MEIRELLES FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR. SUSTENTOU ORALMENTE A DRA. ERIKA CHRYSTINA MUNHOZ DE FREITAS", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.652)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDSON FERREIRA, vencedor, SOUZA MEIRELLES, vencido, J. M. RIBEIRO DE PAULA (Presidente), SOUZA NERY e OSVALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 14 de novembro de 2018.

EDSON FERREIRA DA SILVA, Relator Designado

Ementa: CONTRATO ADMINISTRATIVO. Obra pública. Rescisão do contrato. Multa contratual. Alegação de culpa da contratante. Projetos inadequados e demora na sua substituição. Restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato e indenizações por motivos variados. Competência recursal "ratione materiae", para ações sobre licitações e contratos administrativos, das câmaras gerais de direito público. Sentença proferida por juízo de vara cível da comarca da Capital. Competência "ratione personae", por envolver entidade paraestatal, SABESP, das Varas da Fazenda Pública. Anulação da sentença e redistribuição do processo a uma das Varas da Fazenda Pública da comarca da Capital, sem possibilidade de aplicação da teoria da causa madura, dado que a apelação da SABESP relaciona vinte e um pontos de divergência do seu assistente técnico e um sem número de impugnações que faz ao laudo do perito judicial, que devem ser submetidos à sua apreciação. Recurso provido para anular a sentença e mandar redistribuir o processo a uma das Varas da Fazenda Pública da comarca da Capital, com determinação de submeter

Acesso ao Sumário

à apreciação do perito do juízo as impugnações do assistente técnico e da apelação de SABESP, antes de decidir se haverá ou não de determinar uma nova perícia.

VOTO

Processo iniciado, em primeiro grau, em 18 de dezembro de 2013, objetivando a autora a) suspender os efeitos da multa aplicada, de R$ 206.483,27; b) impedir aplicação de sanções por falta de atendimento do cronograma físico-financeiro da obra ou quaisquer outros motivos relacionados com a sua execução, dado que o atraso ocorrer por atos e fatos de responsabilidade da contratante, liberando a autora de todos os ônus decorrentes do contrato; c) declaração de rescisão do contrato por culpa da ré; d) desconstituição da multa de R$ 206.483,27; e) restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato em virtude da imprestabilidade dos projetos da obra e pagamento do valor correspondente; f) indenização pelos prejuízos decorrentes do desrespeito ao regime de pagamento, preço unitário, estabelecido no contrato, complementando a remuneração; g) indenização pelos prejuízos decorrentes da necessidade de observância da "Metodologia para codificação, formatação e tramitação de documentos", que implicou serviços extraordinários não previstos ao tempo da contratação; h) indenização por prejuízos decorrentes do não aproveitamento de equipamentos aprovados para produção e colocados à disposição, em virtude da alteração das especificações técnicas de projeto no decorrer da execução dos serviços contratados; i) impor obrigação de fazer de inspeção do equipamento "Sistema de Preparo de Polímeros" e pagamento relativo à sua fabricação.

Determinadas perícia de engenharia e contábil, fls. 3552, esta última somente se o perito engenheiro reputar necessária, fls. 3588.

Honorários periciais arbitrados em sessenta mil reais, fls. 3805; autorizada a entrega da obra à ré, liberando a autora dos deveres de cuidado e vigilância, fls. 4006; declarada encerrada a instrução, com prazo para apresentação de memoriais, fls. 4111.

Por fim, em 27 de janeiro de 2016, foi proferida a sentença, que acolheu parcialmente a demanda e condenou a ré a pagar o montante de R$ 11.838.079,46, dando como mínima a sucumbência da autora para condenar a ré em custas e honorários, estes fixados em dez mil reais, fls. 4143/4147.

Embargos de declaração rejeitados, fls. 4160, acolhidos outros para determinar que correção monetária e juros correm da citação, fls. 4167.

Apelação da ré, que invoca o laudo divergente do seu assistente técnico, fls. 3810/3929; diz que o valor inicialmente apontado pelo perito foi de R$ 10.771.666,59, mas que a sentença adotou o montante de R$ 11.838.079,46; que

Acesso ao Sumário

deixou de apreciar toda matéria deduzida em contestação, com documentação comprobatória quanto à inadimplência da apelada; que o perito deixou de responder a diversos quesitos seus, prejudicando a sua defesa; que o valor de R$ 11.838.079,46, consolidado pelo perito para maio/2015, devendo ser este o marco inicial para correção monetária e juros de mora; nulidade da sentença porque fundamentada em prova pericial que padece de mácula insanável, faltando as razões de convencimento; não lastreia as conclusões de que o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato foi causado pela apelante; a perícia não apresenta planilha de cálculos, fazendo uso de alusões genéricas a "...atrasos havidos no cronograma da obra em função por fatores imprevisíveis e inevitáveis", "...conforme preconiza a legislação, em R$ 6.898.953,62...", sem identificar a que legislação se refere e quais os fatores considerados para apuração do suposto valor de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato; que a sentença não percebe que a perícia não atribuiu valor ao pedido da letra "f", mas registra que o perito encontrou o valor correto e afirma a sua procedência, fls. 4185; que ignorou a vinculação aos termos do instrumento convocatório; não ter apreciado a preliminar de que o processo deveria correr por vara privativa da Fazenda Pública, fls. 4186; necessidade de nova perícia; que a perícia deixou de apresentar um único documento para justificar a ocorrência efetiva do suposto prejuízo que acarretou desequilíbrio econômico financeiro do contrato, principalmente porque se apura prejuízos de contrato não executado pela apelada, paralisando a obra pública, com apenas 25,81% da sua execução, sessenta dias depois de assinar a sua prorrogação por mais 450 dias, tendo executando o equivalente a R$ 9.166.006,87 do total do contrato, de R$ 35.509.583,57, fls. 4187; não ter sido determinado ao perito do juízo que se manifestado sobre o laudo do seu assistente técnico, destacando 21 pontos de divergência, de IV.5 a IV. 25, fls. 4188/4193; que a autorização para início dos serviços seria dada após a entrega dos documentos pela contratada, cláusula 10.1. "c", do contratado, contestando que a demora se deveu principalmente a inúmeras deficiências do projeto fornecido por SABESP, o que foi objeto de divergências correspondências, com registro em manifestação do seu assistente técnico, fls. 4194/4195; autorização emitida em 04 de julho de 2011, iniciando o prazo contratual de execução, fls. 4196; mobilização da contratada, com instalação do seu canteiro de obras, somente depois dessa autorização, fls. 4196; defende a subsistência da multa contratual pelas avaliações de "insuficiente", subscritas pela apelada, em seis das 27 avaliações feitas por ocasião das medições, fls. 4197/4199; ser absurdo o valor de R$ 2.750.765,16 para os serviços de terraplenagem, que foram orçados em R$ 1.320.852,10, orçamento aceito pela apelada, fls. 4200/4203; não caber indenização por equipamento não entregue à SABESP, fls. 4203; que não foram aprovados os projetos do sistema de ar difuso porque não atendiam aos comentários e especificações

Acesso ao Sumário

técnicas pertinentes a documentação a ser apresentada, por isso não sendo caso de indenização, fls. 4204/4205; que foram aprovados os projetos dos desenhos de fabricação e realizado o pagamento de 15% do valor previsto, no tocante ao Sistema de Preparo de Polímeros da Vibropac, não sendo caso de complemento de remuneração, tampouco do recebimento integral dos valores, dado que as obras não foram concluídas, fls. 4205; insiste no inadimplemento contratual pela apelada, fls. 4205/4207; diz que a perícia indevidamente contemplou a incidência de correção monetária e juros e que a sentença determinou correção e juros a partir da citação, assim com duplicidade de incidência, fls. 4207.

Recurso respondido.

É o relatório.

Contrato administrativo para obra pública, precedido de licitação, segundo a disciplina da Lei 8666/1993.

SABESP se sujeita ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, mas também a licitação para contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública, Constituição Federal, artigo 173, § 1º, II e III.

Assim, questões relativas ao cumprimento do contrato devem ser resolvidas segundo as disposições da Lei 8666/1993, com aplicação apenas subsidiária da lei civil geral, para aspectos sem previsão na lei especial.

Desse modo, a competência recursal é das câmaras gerais de direito público, para ações relativas a licitações e contratos administrativos, este o caso, critério *ratione materiae*, Resolução nº 623/2013, artigo 3º, I.3.

O processo tramitou e foi julgado em vara cível da comarca da Capital, que também dotada de Varas da Fazenda Pública.

A discriminação de competência entre varas cíveis e varas da fazenda pública, na comarca da Capital, provém do Código Judiciário do Estado, Decreto-Lei Complementar nº 3, de 27 de agosto de 1969, artigos 34, 35 e 36, aquelas com competência residual em relação às varas especializadas e estas outras, então divididas em Varas da Fazenda do Estado e Varas da Fazenda Municipal, depois unificadas em Varas da Fazenda Pública, com competência, ratione personae, no que diz respeito a esta causa, para os feitos em que o Estado e respectivas entidades autárquicas ou paraestatais forem interessadas, na condição de autor, réu, assistente ou opoente.

SABESP é empresa criada pelo Estado e a serviço do Estado, como concessionária de serviço público essencial de manejo de mananciais hídricos, tratamento e fornecimento de água potável à população, coleta e tratamento de esgoto, por isso se qualificando como entidade paraestatal, na linguagem do texto legal de 1969.

Acesso ao Sumário

O Código de Processo Civil disciplina a competência de foro, com expressão territorial nas comarcas, cabendo às leis de organização judiciária, no âmbito dos Estados, Constituição Federal, artigo 125, § 1º, definir a competência de juízo, como seja, de cada órgão jurisdicional, de primeiro e de segundo graus.

Regem a competência em razão do valor e da matéria as normas de organização judiciária, Código de Processo Civil anterior, em vigor ao tempo ao ajuizamento da ação, em 18 de dezembro de 2013, artigo 91, sem correspondência no atual.

A competência em razão da matéria, da pessoa, como é o caso, ou da função é inderrogável por convenção das partes, sendo, portanto, absoluta, podendo as partes modificar a competência, porque relativa, em razão do valor e do território, Código de Processo Civil atual, artigos 62 e 63, de modo semelhante o anterior, artigo 111.

No regime do Código de Processo Civil atual, artigo 64, § 4º, é possível fazer subsistir os efeitos da decisão proferida por juízo absolutamente incompetente, mas somente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente, o que significa que não pode ser convalidada, senão em caráter excepcional e provisório, alcance semelhante à da cominação de nulidade do código anterior, artigo 113, § 2º.

A incompetência absoluta pode e podia ser alegada e reconhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição, artigo 64, § 1º, do Código de Processo Civil atual e 113, "caput", do anterior.

Examinei os autos, com mais de quatro mil folhas, os múltiplos pedidos deduzidos na petição inicial, o laudo do perito do juízo com mais de cem laudas, a sentença e as trinta e três laudas da apelação de SABESP, que destaca 21 pontos de divergência do seu assistente técnico, não submetidos à apreciação do perito judicial, e um sem número de impugnações que faz às conclusões da perícia, para considerar necessário submeter ao perito do juízo o exame de todas essas impugnações, do assistente técnico e da apelação de SABESP, para fechar o contraditório no tocante a esses aspectos técnicos e factuais, inviabilizada por isso a aplicação da teoria da causa madura para o julgamento do mérito nesta oportunidade, como também se posicionou o nobre relator sorteado, Desembargador Souza Meirelles.

Acesso ao Sumário

Sendo, portanto, absoluta a discriminação de competência entre varas cíveis, caráter geral, e varas especializadas, cumpre anular a sentença, porque proferida por juízo absolutamente incompetente, por se tratar de ação contra entidade paraestatal estadual, para que outra seja proferida, por juízo de Vara da Fazenda Pública desta Capital, sem possibilidade de aplicar a teoria da causa madura para imediato julgamento do mérito.

Destarte, **DÁ-SE** provimento ao recurso para anular a sentença, em

virtude da incompetência absoluta do juízo da vara cível que a proferiu, e mandar redistribuir a uma das Varas da Fazenda Pública da Comarca da Capital, mas com determinação de submeter à apreciação do perito do juízo as impugnações do assistente técnico e da apelação de SABESP, antes de decidir se haverá ou não de determinar uma nova perícia.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

(Voto nº 9.479)

Ementa: Apelação cível – Contrato administrativo para execução de obra pública, precedido de licitação – Ação movida em face da SABESP, objetivando indenização por desequilíbrio econômico-financeiro do contrato – Matéria de direito público – Competência *ratione materiae* das Varas da Fazenda Pública – Art. 35 do Código Judiciário do Estado de São Paulo e Súmula 73 deste E. Tribunal – Precedentes – Incompetência absoluta da Vara Cível – Impossibilidade de aplicação da teoria da causa madura à espécie – Processo anulado, com determinação de remessa a uma das Varas de Fazenda Pública da Comarca da Capital – Recurso e reexame necessários providos, com determinação.

Apelação cível manejada pela **Cia. de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP** - nos autos de demanda ordinária que lhe move **Ceos Comercial e Construção Ltda**., os quais tramitaram perante a 5ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo, cujos pedidos foram julgados **parcialmente procedentes** para condenar a requerida ao pagamento de **R$ 11.838.079,46 (onze milhões, oitocentos e trinta e oito mil, setenta e nove reais e quarenta e seis centavos)**, acrescidos de juros de mora e correção monetária contados a partir da citação (decisão de integração da r. sentença às fls. 4167), mantida a antecipação da tutela e resolvido o contrato administrativo, restando ainda a vencida ao ônus sucumbencial, arbitrada verba honorária em R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Vindica a apelante a desconstituição da r. sentença, arguindo preliminares de nulidade do julgado por inadequada fundamentação acerca dos pontos controvertidos; bem como de incompetência do juízo, porquanto se trata de causa que versa sobre contrato administrativo, a atrair a competência de uma

Acesso ao Sumário

das Varas de Fazenda Pública da Comarca da Capital.

No mérito, sustenta, em síntese, a inexistência de comprovação de prejuízos relativamente a suposto desequilíbrio econômico-financeiro; a necessidade de repetição da prova pericial produzida; a impossibilidade da emissão da autorização de serviços sem que fossem cumpridas obrigações da contratada nos termos da cláusula 10.1, alínea c; desconsideração das cláusulas contratuais e editalícias; a regularidade da aplicação de multa contratual; a impossibilidade de indenização por equipamento não-entregue à SABESP; e o inadimplemento contratual da apelada.

Subsidiariamente, reclama a incorreção da forma de incidência de juros e correção monetária, porquanto já considerados pelo *expert* no cálculo da indenização e posteriormente arbitrados em sentença, sob pena de duplicidade no cômputo dos respectivos consectários.

Determinada a complementação de insuficiência do preparo recursal (fls. 4281), sobreveio depósito de guia complementar pela apelante, no importe de R$ 74.502,77 (setenta e quatro mil, quinhentos e dois reais e setenta e sete centavos) - (fls. 4294/4296).

Recurso tempestivo, bem processado e contrariado (fls. 4224/4263).

Tal, em abreviado, o relatório.

Considera-se admitida a remessa necessária diante do valor da condenação, nos termos do **art. 496 do CPC/2015.**

Trata-se de demanda ordinária movida por **Amafi Comercial e Construtora Ltda**., ora sucedida por **Ceos Comercial e Construtora Ltda**., em face da **Cia. de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP** - objetivando, em síntese, indenização por prejuízos advindos de desequilíbrio econômico financeiro de contrato administrativo celebrado com a requerida.

Narra a requerente que a **Sabesp** teria atrasado o início do cumprimento do contrato, fato que gerou aumento extraordinário de despesas, causando desequilíbrio contratual que culminou na inviabilização da continuidade da prestação dos serviços avençados.

Em que pese aos fundamentos do julgado, a preliminar de **incompetência absoluta** arguida pela **Sabesp** comporta acolheita.

Com efeito, a r. sentença contaminada se acha de **nulidade absoluta**, considerada a inadequação da Vara Cível para conhecer da matéria de direito público objeto da demanda, com atração de competência por uma das Varas de Fazenda Pública da Comarca da Capital.

Deveras, a Sabesp invocou em sede de contestação preliminar a incompetência absoluta do juízo, com esteio no fato de se tratar de demanda que versa sobre suposto desequilíbrio em contrato administrativo celebrado através

de procedimento licitatório, nos termos da Lei Federal 8.666/93, com vistas à consecução de obra pública, configurando-se inequívoca **matéria afeta ao direito público** (fls. 2018).

Anote-se que tal preliminar, ora renovada nas razões recursais do apelo da Sabesp, não foi apreciada em momento nenhum ao longo da instrução processual, e tampouco figurou como objeto de resolução pela r. sentença de procedência da demanda.

De fato, o **Código Judiciário do Estado de São Paulo** assim dispõe: *in verbis*

> ***Artigo 35*** *- Aos Juízes das Varas da Fazenda do Estado compete:*
>
> ***I*** *- processar, julgar e executar os feitos, contenciosos ou não, principais, acessórios e seus incidentes, em que o Estado e respectivas entidades autárquicas ou paraestatais forem interessados na condição de autor, réu, assistente ou opoente, excetuados:*
>
> ***a)*** *os de falência;*
>
> ***b)*** *os mandados de segurança contra atos de autoridades estaduais sediadas fora da Comarca da Capital;*
>
> ***c)*** *os de acidentes do trabalho.*
>
> ***II*** *- conhecer e decidir as ações populares que interessem ao Estado ou às autarquias e entidades paraestatais; e*
>
> ***III*** *- cumprir cartas precatórias e rogatórias em que seja interessado o Estado.*
>
> ***Parágrafo único*** *- As causas propostas perante outros juízes, desde que o Estado nelas intervenha como litisconsorte, assistente ou opoente passarão à competência das Varas da Fazenda do Estado.*

Em contrarrazões, a requerente ora recorrida argumenta que o fato de a SABESP cuidar-se de entidade de direito privado afastaria a incidência do referido **art. 35 do Código Judiciário**, uma vez que não se incluiria no rol de entidades do correspondente **inciso I.**

Ocorre que a maciça jurisprudência deste **E. Tribunal** ampliou o alcance do **art. 35 do Código Judiciário**, firmando- se o entendimento de que processos nos quais se discute matéria de direito público, tais como licitações e contratos administrativos, hão de ser julgados por varas especializadas da Fazenda Pública nas comarcas em que instaladas, como na espécie, de sorte que a natureza jurídica de direito privado da Cia. de Saneamento Básico estatal não se presta a afastar a **competência absoluta *ratione materiae*** ora delineada.

Tal entendimento, aliás, foi expresso no enunciado da **Súmula 73** deste **E. Tribunal**:

> *"**Súmula 73**: Compete ao Juízo Cível julgar as ações envolvendo pessoas jurídicas de direito privado, ainda que exerçam funções típicas da administração pública, salvo em se tratando de matéria de direito*

Acesso ao Sumário

público."

Ademais, em relação ao argumento da recorrida acerca da existência de cláusula de eleição de foro, (cláusula 26 do contrato às fls. 1291), esclareça-se que o **art. 62** do **CPC/2015** é categórico ao dispor acerca do caráter inderrogável da competência firmada em razão da matéria:

*"Art. 62. A **competência determinada em razão da matéria**, da pessoa ou da função é **inderrogável** por convenção das partes."* (o grifo o foi por nós).

No mesmo sentido, copiosa jurisprudência desta **E. Corte**, perfilhada pela **C. 12ª Câmara de Direito Público:**

DIREITO PROCESSUAL CIVIL - MATÉRIA DE COMPETÊNCIA DE VARA DA FAZENDA PÚBLICA - NULIDADE DA SENTENÇA PROLATADA POR VARA CÍVEL - Demanda que não versa sobre empreitada regida unicamente pelo Direito Civil, mas cuida de um contrato administrativo - Feito processado e sentenciado por Vara Cível - Entretanto, havendo, na Comarca, Vara da Fazenda Pública, ela consiste em juízo privativo para os feitos que versem sobre matérias de Direito Público, sendo a sua competência absoluta em razão da matéria ("ratione materiae"), ou seja, ainda que inexista pessoa jurídica de Direito Público em qualquer dos polos, como ocorre no presente caso (sociedade empresária limitada em face de sociedade anônima de economia mista federal) - Precedente da Câmara Especial e aplicação da Súmula 73 TJSP - De ofício anulam-se a sentença e os demais atos decisórios, bem como determina-se a redistribuição do feito a uma das Varas da Fazenda Pública da Comarca (CPC, art. 113, "caput" e § 2º), restando prejudicado o recurso de apelação. (Apelação nº 0033395- 93.2004.8.26.0114. 8ª Câmara de Direito Público. Rel. Des. Ponte Neto. j. 10/06/2015 – o grifo o foi por nós)

APELAÇÃO - AÇÃO DE COBRANÇA - MULTA POR INADIMPLEMENTO – LICITAÇÃO - Ação fundada em contrato advindo de licitação pública - Competência das Varas da Fazenda Pública da Capital. Incompetência absoluta. Juízo "a quo" incompetente. R. sentença nula. Artigo 113, §2º do Código de Processo Civil Recurso prejudicado, com determinação de remessa dos autos para uma das Varas da Fazenda Pública da Capital. (Apelação nº 0076335-06.2013.8.26.0002. 26ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Mario Chiuvite Junior. j. 11/02/2015 – o grifo o foi por nós)

CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRA PÚBLICA. Ação contra sociedade de economia mista, concessionária de serviço público. Alegação de incompetência da Vara Cível, ilegitimidade passiva e prescrição. Contrato precedido de licitação. Matéria de direito público. Competência das Varas da Fazenda Pública. Código Judiciário do Estado, artigo 35 e Súmula 73 desta Côrte Reconhecimento da

Acesso ao Sumário

incompetência absoluta da 32ª Vara Cível do Fórum Central, com determinação de remessa para uma das Varas da Fazenda Pública. Decisão declarada nula, na forma do artigo 113, § 2º, do Código de Processo Civil. Recurso parcialmente provido, com determinação. (Agravo de Instrumento nº 0006778-35.2013.8.26.0000. 2ª Câmara de Direito Público. Rel. Edson Ferreira. j. 16/04/2013 – o grifo o foi por nós)

Agravo de Instrumento - Declaratória de nulidade de cláusula contratual - Recurso contra r. decisão que deferiu a antecipação da tutela - Provimento de rigor. Preliminarmente deve ser declarada de ofício a incompetência do Juízo da 24ª Vara Cível da Capital, determinando-se a remessa dos autos a uma das Varas da Fazenda Pública da Capital - Contrato administrativo de natureza pública. Possibilidade de glosa pela agravante, posto que prevista contratualmente - Impossibilidade de se aferir, em fase de cognição sumária, a alegada abusividade da cláusula regularmente contratada - Indeferimento da antecipação de tutela de rigor. r. Decisão reformada - Recurso provido, com determinação. (Agravo de Instrumento nº 0185823-04.2010.8.26.0000. 6ª Câmara de Direito Público. Rel. Des. Sidney Romano dos Reis. j. 22/11/2010 – o grifo o foi por nós)

COMPETÊNCIA SABESP. Cobrança fundamentada em contrato administrativo, celebrado com obediência às regras da Lei n° 8.666/93, que instituiu as normas de licitação e contratos com a Administração Pública. Distribuídos à 9ª Vara da Fazenda Pública. Determinada redistribuição para uma das Varas Cíveis da Capital. Não cabimento Competência do juízo onde distribuída, por versar a demanda sobre contrato administrativo firmado sob regras de direito público. Recurso provido. (Agravo de Instrumento nº 0084747-34.2010.8.26.0000. 12ª Câmara de Direito Público. Rel. Des. Edson Ferreira. j. 12/05/2010 – o grifo o foi por nós)

Ante o exposto, a r. sentença de procedência reveste-se de **nulidade insanável**, a justificar o acolhimento da preliminar invocada pelo recurso da Sabesp para **anular o processo e determinar a remessa dos autos a uma das Varas da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo** para processamento e julgamento do feito.

Em paralelo, registre-se não ser o caso de aplicação da **teoria da causa madura**, porquanto dentre as hipóteses arroladas pelo **art. 1.013, § 3º** do **CPC/2015**, não se encontra a possibilidade de julgamento pelo tribunal em casos de **incompetência absoluta** do Juízo de primeiro grau, consoante se depreende do teor expresso do dispositivo em referência:

Art. 1.013 (...)

§ 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:

Acesso ao Sumário

I - reformar sentença fundada no art. 485;

II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir;

III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo;

IV - decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

Nada obstante, ainda que se admitisse entendimento ampliativo das hipóteses ensejadoras da causa madura para nelas compreender vícios de incompetência absoluta, frise-se que o caso em concretude envolve relevantes questionamentos acerca da prova técnica produzida, em especial ao se considerar que não se sustenta a premissa tomada por fundamento da sentença no sentido de que a Sabesp teria manifestado concordância com o teor conclusivo da perícia e dos esclarecimentos que lhe sucederam.

Deveras, a requerida ora apelante opôs-se expressamente à conclusão do laudo pericial, conforme se dessume dos tópicos às fls. 4048/4078 do parecer divergente, apontando que o montante oriundo do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato equivaleria a **R$ 754.616,92 (setecentos e cinquenta e quatro mil, seiscentos e dezesseis reais e noventa e dois centavos – fls. 4076)**, válidos para junho/2010, quantia significativamente **discrepante** dos aproximados **12 milhões de reais** reputados devidos pelo Juízo *a quo.*

Nesse contexto, foram opostos embargos de declaração pela Sabesp protestando fosse devidamente apreciada a correspondente matéria controvertida, sob o argumento de que a r. sentença teria deixado de dirimir as respectivas divergências alevantadas ao cabo da instrução probatória, sobrevindo a rejeição peremptória dos aclaratórios.

Nestas circunstâncias, em que suscitadas significativas dúvidas após o resultado da prova técnica, considerando-se ainda o vultuoso montante controverso, à ordem da **dezena de milhões de reais**, afigura-se temerária a adoção de qualquer interpretação ampliativa das hipóteses legais de aplicação da causa madura previstas no precitado **art. 1.013, §3º** do **CPC/2015**, a tornar imprescindível a remessa dos autos ao Juízo investido de competência, ao qual inclusive caberá dirimir a reputada necessidade de dilação probatória para enfrentamento dos **pontos controvertidos remanescentes,** sob pena de irremediável supressão de instância.

Sem prejuízo, nos termos dos **arts. 281 e 283, parágrafo único** do **CPC/2015**[1], fica resguardada a possibilidade de aproveitamento de atos

Acesso ao Sumário

1 Art. 281. Anulado o ato, consideram-se de nenhum efeito todos os subsequentes que dele dependam, todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras que dela sejam independentes.
Art. 283. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais.
Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte.

instrutórios já praticados, inclusive a perícia e laudos divergentes, desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte, **a critério do Juízo de primeiro grau competente.**

Ficam as partes notificadas de que, em caso de oposição de embargos declaratórios, o processamento e o julgamento serão realizarão por meio de sessão virtual permanente.

Postas tais premissas, por meu voto, **dou provimento** ao recurso e ao reexame necessário para anular o processo e determinar a remessa dos autos a uma das **Varas de Fazenda Pública da Comarca de São Paulo.**

SOUZA MEIRELLES, Desembargador, Relator sorteado

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 45.315)

Depois de demorado exame dos autos e da matéria atinente à competência para exame da causa aqui versada, ouso, com a devida vênia, divergir do eminente Desembargador SOUZA MEIRELLES, ilustre Relator sorteado. Faço-o pelas razões adiante deduzidas.

O Decreto-Lei Complementar n° 3/69, de 27 de agosto, que instituiu o Código Judiciário do Estado de São Paulo, atribuiu aos juízos fazendários a competência para, no que interessa ao deslinde da presente questão:

> I - processar, julgar e executar os feitos, contenciosos ou não, principais, acessórios e seus incidentes, em que o Estado e respectivas entidades autárquicas ou paraestatais forem interessados na condição de autor, réu, assistente ou opoente, excetuados:
>
> a) os de falência;
>
> b) os mandados de segurança contra atos de autoridades estaduais sediadas fora da Comarca da Capital;
>
> c) os de acidentes do trabalho.

Assim, tratando-se a SABESP de empresa de economia mista, sujeita, nos termos do artigo 173, § 1°, inciso II, da Constituição Federal, "ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários", não está compreendida entre os entes jurídicos sujeitos à competência das Varas de Fazenda, no Estado de São Paulo.

E o mesmo dispositivo constitucional proíbe que se lhe conceda esse "benefício", ao estabelecer, em seu § 2°, que:

> As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

Assim, considerando-se as disposições que regulam a competência dos

Acesso ao Sumário

juízos de primeiro grau no Estado de São Paulo, no que respeita ao aspecto *ratione personæ*, nenhuma irregularidade se pode encontrar no ter sido a causa ajuizada, processada e decidida perante e pelo MM. Juízo da 5ª Vara Cível Central da Comarca da Capital.

Este E. Tribunal já teve até oportunidade de sumular a matéria, mercê da edição da súmula n° 73, que reza:

> Compete ao Juízo Cível julgar as ações envolvendo pessoas jurídicas de direito privado, ainda que exerçam funções típicas da administração pública, salvo em se tratando de matéria de direito público.

Também a nível das Câmaras de Direito Público, a questão já foi examinada, conforme se vê pelo aresto adiante transcrito, da lavra do eminente Desembargador RICARDO ANAFE e respeitante à mesma parte aqui apelante:

> Preliminarmente, sustenta a SABESP a nulidade da sentença proferida pelo MM. Juízo da 2ª Vara Cível do Foro Regional I Santana, por incompetência absoluta, uma vez que é entidade paraestatal e, nos termos do inciso I do artigo 35 do Código Judiciário do Estado de São Paulo, compete aos Juízes das Varas da Fazenda do Estado, **"processar, julgar e executar os feitos contenciosos, acessórios e seus incidentes, em que o Estado e respectivas entidades autárquicas ou paraestatais, forem interessadas nas condições de autor, réu, assistente ou opoente".**
>
> Sem razão, contudo, pois a SABESP é uma sociedade de economia mista, razão pela qual não guarda ela prerrogativa de foro.
>
> *(segue-se uma eloquente lição acerca das sociedades de economia mista, cuja leitura recomendo, mas que, aqui, omito)*
>
> A sexta Carta Republicana em seu artigo 173, parágrafo primeiro, dispôs que a sociedade de economia mista se sujeita ao regime jurídico próprio das **empresas privadas**, inclusive no que pertine às obrigações trabalhistas e tributárias, observando-se que o parágrafo segundo da norma constitucional veda, peremptoriamente, a extensão de privilégios às sociedades de economia mista, que se compreendem, definitivamente, no universo do setor privado da economia...[2]

E conclui a C. 13ª Câmara de Direito Público, naquele julgamento, estar corretamente atribuída a competência, em primeiro grau, ao juízo cível.

Poder-se-ia, então, invocar o que dispõe o artigo 3°, item I.3, da Resolução n° 623/2013, que atribui, em segundo grau, às Câmaras da Seção de Direito Público, a competência para processar e julgar as ações relativas a licitações e contratos administrativos.

Ocorre que essa não é a matéria dos presentes autos. Não se discutem, aqui, temas relacionados à legalidade ou à validade da licitação que efetivamente

Acesso ao Sumário

2 Apelação n° 0004410-55.2010.8.26.0001, 13ª Câmara de Direito Público, j. em 14/8/2013, v.u., texto acessado internamente no SAJ, em 18/9/2018, às 18h31, destaques do original.

ocorreu – nem tampouco semelhantes questões relativamente às cláusulas do contrato derivado da licitação.

Não.

O que aqui se discute é o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, como decorrência do inadimplemento contratual atribuído à SABESP, matéria que, à toda evidência, escapa da competência especializada desta C. Seção de Direito Público, e se encaixa, à perfeição, na da E. Seção de Direito Privado.

Assim, também sob o prisma da competência *ex ratione materiæ* , concluo não padecer de nenhum vício a r. decisão monocrática.

Há jurisprudência desta C. Casa nesse sentido:

> ...somente estão inseridas na competência das Seções [sic] de Direito Público as "*ações relativas a licitações e contratos administrativos* " em que se discutem os próprios termos dos instrumentos contratuais e/ou dos certames licitatórios, o que não é o caso. Não há lide acerca dos termos do referido contrato (...), mas sim cobrança de valor pecuniário a que a autora entende ter direito. A matéria discutida, portanto, é regida pelo Direito Civil e versa sobre "*responsabilidade civil contratual relacionada com matéria da própria Subseção* ".[3]

A questão foi, por fim, magistralmente abordada pela C. Câmara Especial deste E. Tribunal de Justiça, no Conflito de Competência n° 0026418-82.2017, de relatoria do ilustre Desembargador ADEMIR DE CARVALHO BENEDITO, como se vê a seguir:

> (...)
>
> Em primeiro grau de jurisdição, a competência para o processamento pela Vara Especializada é determinada, essencialmente, em razão da pessoa. Logo, o passo inicial é verificar se alguma das partes do feito se enquadra dentre aquelas eleitas pelos artigos 35 e 36 do Código Judiciário do Estado de São Paulo.
>
> No caso, como bem asseverado pela magistrada suscitante, a autora é pessoa jurídica de direito privado (sociedade anônima), e a ré é sociedade de economia mista, o que afastaria a competência da Vara da Fazenda Pública para o processamento e julgamento da demanda.
>
> Contudo, para que se exclua a competência da vara especializada, é necessário também analisar a matéria discutida no processo, em conformidade com o entendimento firmado na Súmula 73 deste Tribunal: (*texto da súmula, aqui já referido e, por isso, omitido*)
>
> Com base nesse critério, constata-se que a lide versa sobre o inadimplemento da empresa ré em relação ao contrato celebrado entre as partes, para autorização de uso de trecho da faixa de domínio da Rodovia Ayrton Senna, questão de natureza eminentemente privado,

3 Conflito de competência n° 0003166-16.2018.8.26.0000, Órgão Especial, relator Des. Antonio Celso Aguilar Cortez, julg. em 28/2/2018, votação unânime, *in* (Endereço eletrônico constante do texto original), destaques do original.

circunstância que, somada à qualidade das partes, atrai a competência do Juízo Comum.[4]

Assim, entendo que a competência do ilustre Juízo Cível sentenciante foi corretamente estabelecida, uma vez que (1) a autora é pessoa jurídica de direito privado (sociedade de responsabilidade limitada); (2) a requerida é sociedade de economia mista, sujeita ao regime jurídico próprio das empresas privadas; (3) a matéria sobre que se discute não versa a respeito das legalidade e validade, seja da licitação, seja do contrato administrativo, mas sim (4) almeja indenização derivada do desequilíbrio econômico-financeiro, causado por inadimplemento contratual.

Consequentemente, forçoso reconhecer que o conhecimento e a decisão acerca do mérito do recurso interposto, até mesmo por derivação da competência estabelecida em primeiro grau, cabem a uma das C. Câmaras da E. Seção de Direito Privado, a quem deve o presente feito ser redistribuído.

Em sessão de julgamento ocorrida em 19/9/2018, tendo eu apresentado a presente divergência, instalou-se julgamento na modalidade estendida,[5] por meio do qual a C. Câmara pareceu-me ter reconhecido a higidez – sob o aspecto da competência – da sentença recorrida, apreciando-se aqui mesmo o cerne da demanda, o que motivou a retirada do feito de pauta, para exame do mérito, pelo ilustre Desembargador Relator sorteado.

A esse respeito e na esteira do entendimento então manifestado pelos ilustres Desembargadores J. M. RIBEIRO DE PAULA e EDSON FERREIRA, penso que se possa passar ao exame do mérito, em obediência à teoria da *causa madura* , nos termos do preceito do artigo 1.013, § 3°, do vigente Código de Processo Civil.

Com efeito, a meu aviso, este proceder prestigia os princípios processuais da celeridade processual, da economia processual, além de permitir duração razoável do processo, iniciado já há cinco anos.

As partes já tiveram a oportunidade de, sob o crivo do contraditório, perante autoridade judicial competente para o deslinde da questão, debater todos os aspectos do litígio e produzir as provas que lhes interessavam, inclusive de natureza técnica.

Já houve considerável dispêndio de tempo e de recursos materiais na discussão da matéria, o que não pode deixar de ser levado em conta.

Assim, e empregando os apontamentos que formulei quando tive vista dos autos, teço as seguintes considerações – breves embora – com relação ao *meritum causæ* :

Acesso ao Sumário

4 *In* (Endereço eletrônico constante do texto original), j. em 24/7/2017, v.u, acesso em 18/9/2018, às 18h45.

5 CPC, art. 942.

A empresa autora sagrou-se vencedora[6] de licitação do tipo menor preço (modalidade concorrência), cujo objeto consistia na "*execução das obras de construção da estação de tratamento de esgoto Franco da Rocha*", tendo sido celebrado, em 3/10/2010, o Contrato Concorrência SABESP número TGT 14770/2010, pelo regime de execução das obras de empreitada por preço unitário, com prazo de execução de 720 dias.

Os autos contêm extenso – e detalhado – registro dos percalços suportados pela autora, dentre os quais, apenas exemplificativamente, destaco que firmado o contrato em outubro de 2010, apenas oito meses depois, em junho de 2011, ocorreu a autorização para o início das obras. Somente nesse lapso já se haviam consumido mais de duzentos dias do prazo fixado para a conclusão dos trabalhos.

O vistor de confiança do Juízo apurou defeitos conceituais nos projetos encaminhados para execução, cuja imperativa revisão somente foi entregue em março de 2012, desperdiçados outros preciosos onze meses.

Constata-se, assim, com facilidade, que dos vinte e quatro meses disponíveis para a execução das obras, a SABESP acarretou um atraso de, no mínimo, dezenove meses. E ainda teve a desfaçatez de, em maio de 2015, aplicar multa pelo atraso das obras.

Ainda assim, a prova pericial realizada nos autos demonstrou que grande parte do trabalho foi efetivamente realizado: canteiro de obras concluído e mantido pela autora até a data em que foi "despedida"; serviços técnicos (equipe de topografia); serviços preliminares (colocação de tapumes, roçada e capina do terreno, cerca de arame farpado, dentre outros); terraplenagem quase inteiramente concluída; obras civis correspondentes ao tratamento biológico do esgoto pendentes apenas de acabamento; câmara anóxia e tanque de aeração com serviços de localização, escavação e fundação concluídos, e assim por diante.

A própria SABESP, diante de tal quadro, e no bojo destes autos, reconheceu a efetiva ocorrência do desequilíbrio econômico-financeiro que fundamenta o pedido *sub examen*, limitando-se a divergir quanto ao valor da correspondente indenização.

Os custos adicionais suportados pela autora como decorrência dos atrasos, em sua esmagadora maioria provocados por ação ou omissão da SABESP, foram inicialmente estimados pelo vistor oficial em R$10.771.666,59 em valores de maio de 2015.[7] Esse valor, depois das manifestações das partes foi retificado pelo expert para o montante de R$11.838.079,46, também em valores de maio de 2015.[8]

6 A autora apresentou proposta vencedora, no valor de R$35.509.583,57, abaixo do orçamento de referência da própria SABESP, que era de R$39.675.512,26.

7 Conclusões do laudo, fls. 3.750-52.

8 Fls. 4.040.

Acesso ao Sumário

Esse foi o valor adotado pela r. decisão de primeiro grau e que, dada sua criteriosa apuração, não vejo razões para modificar, seja para o correspondente a quatro milhões e quinhentos mil reais sustentado pela SABESP, seja para o montante superior a vinte e quatro milhões de reais pretendido pela autora.

Meu voto, em tais circunstâncias, superada a questão da competência, em que fiquei parcialmente vencido, orienta-se no sentido da integral manutenção da r. sentença recorrida.

Aos honorários já arbitrados em primeiro grau de jurisdição, acresço os recursais, correspondentes à metade daqueles.

É como voto.

JOSÉ ORESTES DE SOUZA NERY, Desembargador

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 27.214)

Acuso recebimento de memorial da apelada.

Sobre a questão preliminar, que gerou intenso debate e divergências nesta Câmara, declaro voto no sentido de preservar a sentença proferida por Juízo Cível da Capital e, não obstante isso, manter a competência recursal desta Seção de Direito Público.

Não se vislumbra nulidade da sentença por alegada incompetência absoluta do Juízo Cível Central em detrimento de competência do Juízo da Fazenda Pública.

Sem embargo da discussão de reequilíbrio contratual, a apelante SABESP, sociedade de economia mista, podia ser processada, como é em suas relações privadas, pelo Juízo Cível, sem risco de ser julgada por juízo absolutamente incompetente.

No longo curso do processo, iniciado no longínquo ano de 2013, a SABESP não se insurgiu contra a competência admitida pelo Juiz da causa, questão processual que veio de ser *rememorada* apenas no recurso de apelação da sentença que lhe foi desfavorável. Em evidente detrimento da efetiva prestação jurisdicional.

Acesso ao Sumário

Ademais, não é incomum verificar situações de modificação de competência por ato administrativo do Tribunal de Justiça, remodelando competência cível em fazendária e vice-versa, a mostrar que não se trata de matéria de competência absoluta; simples questão de organização judiciária interna, seja em primeiro ou segundo graus de jurisdição.

E como aqui não se discute matéria de interesse típico da Administração direta ou indireta, e a Sabesp não se confunde nem tem os mesmos benefícios de

entidade estatal, a questão de competência também há de ser vista pelo prisma da relatividade. O mais, é só truísmo.

O processo não é fim em si mesmo, é instrumento de realização do direito material, não deve ser anulado; antes, deve ser aproveitado e preservado hígido, em respeito e homenagem ao princípio de sua duração razoável.

Acolhendo, pois, as razões trazidas em memorial da parte apelada, confirmo a validade do processo, desde o início, e proponho se prossiga no julgamento do mérito recursal por esta Seção de Direito Público, até por força de prevenção desta Câmara, firmada em julgamento de anterior agravo de instrumento. É como voto.

RIBEIRO DE PAULA, Desembargador, Quarto Juiz

Apelações/Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1005996-09.2017.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante/apelado ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, são apelados/apelantes MARCILENE DA SILVA FIGUEIRA, LARISSA SILVA RODRIGUES, MILENA RAYSA RODRIGUES, PRISCILLA PRADO RODRIGUES, PAMELLA NAYARA PRADO RODRIGUES e STHEFANNI SILVA RODRIGUES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento, em parte, ao reexame necessário e ao recurso da Fazenda; e negaram provimento ao recurso das autoras. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.813)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSWALDO LUIZ PALU (Presidente) e MOREIRA DE CARVALHO.

São Paulo, 1º de novembro de 2018.

DÉCIO NOTARANGELI, Relator

Ementa: ADMINISTRATIVO – INDENIZAÇÃO POR ACIDENTES PESSOAIS COM MORTE – POLICIAL MILITAR EM SERVIÇO – ACIDENTE

Acesso ao Sumário

VASCULAR CEREBRAL – ADMISSIBILIDADE – INCIDÊNCIA DA LEI ESTADUAL Nº 14.984/13, ARTIGO 2º, I, E DO DECRETO Nº 59.532/13.

1. Policial militar que sofreu acidente vascular cerebral (AVC) durante participação em curso de atualização profissional, acarretando sua morte. Seguro pós-morte. Indenização por acidentes pessoais nos termos da Lei Estadual nº 14.984/13, artigo 2º, I. Legitimidade passiva ad causam da Fazenda do Estado. Dever de indenizar caracterizado.

2. Em relação aos encargos da mora deve ser aplicado o entendimento assentado pelo Colendo STF no julgamento definitivo do Tema nº 810 e pelo Colendo STJ no julgamento do Tema nº 905.

3. Honorários advocatícios fixados de acordo com as diretrizes legais (art. 85, §§ 2º e 3º, CPC) mostrando-se razoável e compatível com as características da causa. Manutenção da sentença de procedência. Reexame necessário e recurso da Fazenda do Estado provido, em parte. Recurso das autoras desprovido.

VOTO

A r. sentença de fls. 145/152, cujo relatório se adota, condenou a ré a pagar às autoras indenização no valor de R$ 200.000,00, devidamente atualizado, a título de cobertura securitária por morte em serviço de policial militar, nos termos da Lei Estadual nº 14.984/13. Há reexame necessário.

Inconformada apela a ré objetivando a reforma do julgado, com preliminares de ilegitimidade passiva, ausência de interesse de agir e prescrição. No mérito, sustenta não ser o caso de indenização, uma vez que a morte do policial militar decorreu de acidente vascular cerebral hemorrágico, não tendo relação de causa e efeito com a aula de tiro da qual participava. Subsidiariamente, postula a incidência da Lei nº 11.960/09 para fins de correção monetária e juros.

As autoras apelam adesivamente com pedido de majoração do valor dos honorários advocatícios para 10% a 20% da condenação.

Recursos processados, com contrarrazões. A douta Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pelo desprovimento do recurso fazendário, abstendo-se sobre o apelo das autoras (fls. 227/231). As partes não se opuseram ao julgamento virtual.

É o relatório.

Merece confirmação a r. sentença apelada, cujos fundamentos são

Acesso ao Sumário

ratificados nos termos do art. 252 RITJESP.

Afasta-se a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam da Fazenda do Estado, sob o fundamento de que a responsabilidade pelo pagamento da indenização é da segurada contratada para tanto.

No entanto, a responsabilidade é do Estado, sendo facultado a esse a contratação de seguradora. Determina a Lei Estadual nº 14.984/13:

> "Artigo 1º - Fica o Poder Executivo autorizado, relativamente aos militares do Estado, incluídos os temporários, e aos servidores sujeitos ao Regime Especial de Trabalho Policial ou que exerçam atividades de risco acentuado em unidades da Secretaria de Administração Penitenciária, a adotar as seguintes medidas, em caso de morte ou de invalidez permanente, total ou parcial:
>
> I - efetuar pagamento, de natureza indenizatória, em valor correspondente a até R$ 200.000,00 (duzentos mil reais);
>
> II - contratar seguro de vida em grupo, com a estipulação de cláusulas que:
>
> a) atribuam o ônus do prêmio exclusivamente ao Estado;
>
> b) assegurem o pagamento de indenização, total ou parcial, até o montante previsto no inciso I deste artigo".
>
> "Artigo 3º - O pagamento de indenização, de responsabilidade do Poder Executivo, será autorizado pelo Secretário de Segurança Pública, pelo Secretário da Administração Penitenciária, ou pelo Secretário da Justiça e da Defesa da Cidadania, conforme o caso, e poderá ser feito aos herdeiros ou sucessores da vítima, na forma da legislação civil".

O Decreto nº 59.532/2013, ao regular essa lei, determinou incumbir ao Estado efetuar o pagamento e à segurada reembolsar o valor da indenização:

> "Artigo 6º - O pagamento da indenização de que trata este decreto dependerá de autorização, conforme o caso, do Secretário da Segurança Pública, do Secretário da Administração Penitenciária ou do Secretário da Justiça e da Defesa da Cidadania.
>
> § 1º - Autorizado o pagamento da indenização, antes da remessa do expediente à Secretaria da Fazenda para as providências cabíveis, os respectivos autos serão instruídos com:
>
> 1. instrumento de cessão de crédito, em favor da Fazenda do Estado de São Paulo, correspondente ao valor da quantia segurada e ainda não paga, ouvido o respectivo órgão jurídico;
>
> 2. comunicação à seguradora, instruída com cópia do documento a que alude o item 1 deste parágrafo, a fim de que proceda ao pagamento da quantia segurada em favor da Fazenda do Estado de São Paulo."

Acesso ao Sumário

Nesse mesmo sentido, já se pronunciou este E. Tribunal de Justiça, a seguir:

> "Policial Militar. Acidente pessoal. Suplementação de indenização securitária. Cabimento. Obrigação atribuída à Fazenda do Estado. Inteligência da Lei nº 14.984/13. Ilegitimidade de parte que se afasta. Critério para juros e correção monetária e para honorários advocatícios. Recurso parcialmente provido" (Apelação nº 1011906-54.2013.8.26.0053, 11ª Câmara Extraordinária de Direito Público, Rel. Des. Borelli Thomaz, j. 24.07.2017).

Rejeita-se, também a preliminar de falta de interesse de agir das autoras em virtude da falta de comprovação de prévio requerimento administrativo postulando a indenização, pois cabia ao Estado a instauração, de ofício, de processo administrativo para apuração do cabimento do pagamento de indenização pelo evento.

É esta a determinação do já referido Decreto Estadual nº 59.532/13, no artigo 2º: "*as Secretarias da Segurança Pública, da Administração Penitenciária e da Justiça e da Defesa da Cidadania adotarão providências em suas respectivas esferas de atribuições para que seja* ***de ofício instaurada*** *apuração preliminar, de natureza meramente investigativa, em caso de morte ou invalidez permanente de militar ou servidor abrangido pelo disposto na Lei nº 14.984, de 12 de abril de 2013*" (destaque nosso).

E, no caso dos autos, a Administração Pública não instaurou a Apuração Preliminar para análise do cabimento de indenização pecuniária por entender que a situação do evento da causa da morte não se relacionava ao desempenho da função policial, conforme informação de fls. 106/108. O processo atende, portanto, ao binômio necessidade-adequação.

Já adentrando ao mérito da ação, aplica-se, *in casu*, a prescrição quinquenal, com base no artigo 1º do Decreto nº 20.910/32, e não a trienal do Código Civil, de modo que não prescrita a pretensão.

No mais, cuida-se na origem de ação de condenação de indenização por acidentes pessoais com evento morte, nos termos da Lei Estadual nº 14.984/13, artigo 2º, I, promovida pelas sucessoras de policial militar falecido em decorrência do acidente vascular cerebral – AVC ocorrido durante sua participação em estágio de atualização profissional.

O policial militar, José Anacleto Rodrigues Júnior, durante sua participação no curso de instrução de tiro no quartel da Escola Superior de Sargentos da Polícia Militar do Estado, passou mal, sofrendo convulsões, vindo a sofrer um acidente vascular cerebral – AVC, o que lhe ocasionou a morte em 25 de outubro de 2014.

Determina a Lei Estadual nº 14.984/13 que:

Artigo 2º - As medidas de que trata o artigo 1º desta lei se restringirão à morte ou à invalidez que ocorrerem:

I - em serviço;

II - no deslocamento do militar ou do servidor até o seu local de trabalho;

III - em razão da função pública, ainda que o evento causador da morte ou invalidez se dê após a passagem do militar ou do servidor à inatividade.

E o Decreto nº 59.523/13, ao regulamentá-la, estabelece:

Artigo 3º - A apuração preliminar a que alude o artigo 2º deste decreto tem por finalidade estabelecer:

I - se o evento lesivo relaciona-se a uma das hipóteses previstas nos incisos I a III do artigo 2º da Lei nº 14.984, de 12 de abril de 2013;

II - se concorreu para o resultado conduta ilícita do militar ou servidor;

III - no caso de invalidez permanente parcial, o grau de comprometimento da capacidade laborativa do militar ou servidor.

Parágrafo único - A apuração preliminar a que se refere o "caput" deste artigo dispensa o pronunciamento de órgão médico oficial, salvo se a conclusão depender de conhecimento especial de técnico, nos termos do inciso I do parágrafo único do artigo 420 do Código de Processo Civil.

Artigo 4º - Concluindo a apuração preliminar a que alude o artigo 2º deste decreto pela caracterização de umas das hipóteses previstas nos incisos I a III do artigo 2º da Lei nº 14.984, de 12 de abril de 2013, bem assim pela inexistência da conduta ilícita praticada pelo militar ou servidor, o órgão ou entidade responsável procederá na seguinte conformidade:

I - no caso de morte, adotará as providências necessárias à identificação dos herdeiros ou sucessores do militar ou servidor falecido, diligenciando para a obtenção dos documentos comprobatórios de tal condição;

II - no caso de invalidez permanente, total ou parcial, comunicará o militar ou servidor acerca da quantia indenizatória a que fará jus;

III - verificará se existe cobertura securitária contratada para o evento, no termos do inciso II do artigo 2º da Lei nº 14.984, de 12 de abril de 2013, e promoverá, se o caso, a juntada dos respectivos documentos comprobatórios.

Parágrafo único - O órgão jurídico se pronunciará, por escrito e fundamentadamente, acerca dos documentos a que aludem os incisos I e III deste artigo.

Artigo 5º - O valor da indenização, para os fins do disposto neste decreto, corresponderá:

Acesso ao Sumário

I - a R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), nas hipóteses de morte ou invalidez permanente total;

(...)

Parágrafo único - Na hipótese de ter havido pagamento de seguro, o valor da indenização de que trata o "caput" deste artigo corresponderá à diferença, se houver, em relação à quantia efetivamente recebida pelo segurado ou beneficiário".

O texto legal, portanto, não exige que haja nexo causal entre a função policial e a morte do servidor público, sendo incabível a negativa estatal no pagamento da indenização.

Com efeito, nos moldes do artigo 2º da Lei Estadual nº 14.984/13 não há nenhuma condicionante quanto ao fato do acidente estar relacionado ao exercício da função quando o evento morte ocorrer durante o serviço, eis que a lei não faz qualquer distinção.

E é fato incontroverso nos autos que o evento morte ocorreu durante o exercício da função de policial, nos exatos termos da hipótese descrita do inciso I do artigo 2º da Lei Estadual nº 14.984/13.

Em decorrência do falecimento do policial foi instaurada a Sindicância de Portaria nº CPTran-008/113/14 de fls. 84/85, confirmando que os fatos se desenvolveram durante ato do serviço, tanto que foi concedido ao policial militar direitos aos proventos integrais, nos termos do Decreto nº 20.218/82, assim como considerada, mas não concedida, a promoção à graduação de 3º Sargento, nos moldes da Lei nº 5.451/86. Destaca-se, ainda, que tal sindicância não verificou a existência de qualquer indício de transgressão disciplinar ou ilícito penal que pudessem impedir o recebimento da indenização.

O pedido deduzido nos autos é, de fato, procedente, impondo-se a confirmação da sentença apelada. Nesse mesmo sentido, a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça:

"POLICIAL MILITAR. Indenização. Pedido fundado na perda parcial auditiva. Queda durante aquecimento preparatório de prática de atividade física. Acidente em serviço. Indeferimento administrativo fundado na imprudência do autor. Inadmissibilidade. Elementos dos autos do procedimento administrativo que contrariam a conclusão do Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo. Vício existente na motivação do ato, por falta de suporte probatório. Nexo causal entre o acidente em serviço e a perda auditiva não impugnada pela ré. Dever de indenizar. Sentença que julgou procedente a ação. Recurso não provido" (Apelação nº 1019122-61.2016.8.26.0053, 10ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Antonio Carlos Villen, j. 04.09.2017).

"Ação de cobrança. Apólice de seguro coletivo de vida e acidentes

pessoais. Policial militar que em acidente de trabalho resulta com lesão parcialmente incapacitante. Pretensão ao recebimento de complementação da indenização securitária já percebida, com fulcro na Lei estadual 14.984/13, que elevou os valores da cobertura devida a tal título. Ação proposta contra a Fazenda Pública, acolhida em primeiro grau. Recurso da requerida buscando a inversão do julgado. Inadmissibilidade. A Lei Estadual nº 14.984, de 13.04.13, regulamentada pelo Decreto nº 59.532/13, aumentou o teto indenizatório do seguro para R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), além de prever sua aplicação retroativa a partir de 1º.01.12. Circunstâncias do acidente que já foram devidamente apuradas em procedimento administrativo. Complementação de indenização devida. Recurso oficial, considerado interposto, parcialmente provido apenas para determinar a aplicação do Tema nº 810 de Repercussão Geral, improvido o recurso fazendário" (Apelação nº 0005274-40.2015.8.26.0156, 11ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Aroldo Viotti, j. 21.08.2018).

Quanto aos encargos da mora, acolhe-se o recurso da ré para expressamente determinar que seja aplicado o entendimento assentado pelo Colendo STF no julgamento definitivo do Tema nº 810 e pelo Colendo STJ no julgamento do Tema nº 905.

Por fim, merece subsistir a condenação nos honorários advocatícios, fixados em R$ 10.000,00, valor este que está de acordo com as diretrizes legais (art. 85, §§ 2º e 3º, CPC), mostrando-se razoável e compatível com a natureza da causa, a dimensão do interesse em disputa e o grau de zelo demonstrado pelo patrono da parte no acompanhamento do processo, razão pela qual não comporta provimento o recurso das autoras.

Por essas razões, dá-se parcial provimento ao reexame necessário e ao recurso da Fazenda Pública, apenas quanto aos encargos da mora e nega-se provimento ao recurso das autoras, majorando-se os honorários advocatícios para R$ 12.000,00, nos termos do art. 85, § 11, CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 0014010-06.2011.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que são apelantes PREFEITURA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO e SOCIEDADE BENEFICENTE E HOSPITALAR SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE RIBEIRÃO PRETO e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado MARIA DAS GRAÇAS GIMENEZ GALLI (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça

de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº AC-21.941)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TORRES DE CARVALHO (Presidente), TERESA RAMOS MARQUES e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 8 de outubro de 2018.

TORRES DE CARVALHO, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. Ribeirão Preto. Atendimento médico inadequado. Choque séptico, broncopneumonia bilateral e insuficiência renal aguda. Morte. Nexo de causalidade. CF, art. 37, § 6º. Dano moral. Indenização. – 1. Responsabilidade civil. Culpa administrativa. A culpa administrativa abrange os atos ilícitos da Administração e aqueles que se enquadram como 'falha do serviço', isto é, em que Administração não funcionou, funcionou mal ou funcionou tarde e implica em culpa subjetiva, com fundamento nos art. 15 e 159 do Código Civil (redação anterior; atual art. 186 do CC). – 2. Responsabilidade. Nexo causal. Santa Casa. A 'de cujus' ingressou na Santa Casa de Misericórdia às 8h41 de 19-12-2010, foi medicada, submetida a exames (radiografia do abdome, hemograma, urina, eletrólitos e avaliação da função renal) e lá permaneceu em observação até às 7h de 20-12-2010, quando a melhora do quadro clínico ensejou a alta médica. O laudo pericial elaborado em juízo não indica qualquer irregularidade na conduta médica, senão a alta quando presentes outros sintomas e anemia considerável; de qualquer forma, a progressão do quadro anêmico era desconhecida pelo médico que realizou o último exame sanguíneo e o quadro clínico não era compatível com os diagnósticos que deram causa ao óbito. 3. Responsabilidade. Nexo causal. Município. O falecimento da filha da autora após vinte e oito atendimentos em unidades básicas de saúde e uma internação na Santa Casa de Ribeirão Preto indica que as intercorrências clínicas que se sucederam aos sintomas iniciais (dores abdominais,

Acesso ao Sumário

lombares e nos braços, vômito e tosses secas constantes) foram decorrentes do quadro próprio da autora, de suas condições de saúde, da resposta orgânica às medidas instituídas; a prova dos autos permite concluir que o óbito decorreu de uma série de fatores que não estão relacionados com a má prestação do serviço pelas unidades de saúde do município, sequer demonstrada com suficiente clareza. Trata-se de causa independente, hábil a excluir a responsabilidade do agente. Ausente o liame de causalidade, não há que se falar em responsabilidade civil da administração. Parcial procedência. Recurso oficial e das rés providos para julgar a ação improcedente.

VOTO

1. A sentença de fls. 358/368, vol. 2 julgou parcialmente procedente a ação para condenar as rés no pagamento de indenização por danos morais no valor de R$-200.000,00, na proporção de 50% para cada um, corrigidos monetariamente pela Tabela Prática do TJSP, desde a data da sentença, e acrescidos de juros de mora nos termos da LF nº 11.960/09, a contar do óbito; em razão da sucumbência mínima da autora, condenou as rés no pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da condenação, nos termos do art. 85, §§ 2º e 4º, III do CPC, na proporção de 50% para cada, suspensa a exigibilidade em relação à Santa Casa de Misericórdia por ser beneficiária da gratuidade de justiça. Recorreu de ofício, nos termos do art. 496, § 3º, III do CPC.

Apela o município (fls. 373/387, vol. 2); diz não haver prova do nexo de causalidade entre a suposta omissão da administração e o evento danoso; a autora não diz quais seriam as medidas necessárias para o regular tratamento de sua filha, limitando-se a alegar que houve negativa de internação antes do falecimento; os atendimentos médicos prestados nas unidades de saúde foram corretos; a medicina é uma atividade de meio, e não de fim; o laudo pericial é conclusivo quanto à ausência de nexo de causalidade entre a conduta e o resultado; aplica-se ao caso a teoria da responsabilidade subjetiva, inexistindo dolo ou culpa do município. O dano moral deve ser real e comprovado; o valor arbitrado pela sentença é excessivo e comporta redução. A correção monetária deve ser calculada nos termos da LF nº 11.960/09; o Tema STF nº 810 se aplica apenas aos precatórios já expedidos. Pede o provimento do recurso.

Apela a Santa Casa (fls. 388/411, vol. 2); diz que a paciente fora atendida em suas dependências uma única vez, entre 8h41 de 19-12-2010 e 7h00 de 20-12-2010; relatava dores abdominais, lombares e inapetência; os demais

Acesso ao Sumário

atendimentos noticiados nos autos (vinte e oito) foram prestados por unidades básicas de saúde do município; os exames realizados se mostraram de acordo com o que preconiza a literatura médica e indicavam constipação intestinal; foram ministrados os fármacos necessários, demonstrando-se a dispensação de tratamento médico adequado; o laudo pericial corrobora suas afirmações e consigna a impossibilidade de se afirmar que a morte decorreu da falta de atendimento médico; a liberação da paciente ocorreu apenas com a estabilização dos sintomas, a diminuição das dores e as devidas recomendações; nada há de concreto a permitir que se conclua pela negligência na conduta clínica-hospitalar; era impossível notar sintomas relacionados às circunstâncias que motivaram o óbito (choque séptico, broncopneumonia bilateral e insuficiência renal). Não há nexo de causalidade entre o tratamento disponibilizado e o evento danoso; a responsabilidade médica é subjetiva, não há demonstração de conduta culposa e eventual dano foi alheio à sua conduta; a obrigação médica é de meio, e não de resultado. Inexiste dano moral indenizável, eis que não houve erro médico; o valor arbitrado pela sentença é excessivo e comporta redução. Pede o provimento do recurso.

Recursos tempestivos; isento de preparo o apelo do município, não preparado o recurso da Santa Casa (justiça gratuita a fls. 195, vol. 1). Contrarrazões a fls. 417/427, vol. 2.

É o relatório.

2. Fatos. Sandra Regina Galli, filha de Maria das Graças Gimenez Galli, era portadora de déficit cognitivo, doença lúpica (sem indicação de que tenha sido submetida a exame capaz de fechar o diagnóstico) e herpes zoster; necessitava de cuidados especiais e fazia uso de medicamento para epilepsia. A autora afirma que em novembro de 2010, quando contava 41 anos de idade, Sandra passou a reclamar de fortes dores abdominais, lombares e nos braços, apresentando vômito e tosses secas constantes; mas nenhuma providência efetiva teria sido tomada na Santa Casa de Misericórdia de Ribeirão Preto e nas diversas unidades básicas de saúde em que atendida no período de 12-11-2010 a 9-1-2011 (UBDS Vila Virgínia, UBS Adão do Carmo Leonel, UBDS Central e CSB Sumarezinho; fls. 20/21, 22/37vº, 140/166, vol. 1). Em 10-1-2011, transcorridos quase dois meses desde o início das reclamações, Sandra Regina faleceu no Hospital das Clínicas de Ribeirão Preto tendo como principais moléstias broncopneumonia bilateral e insuficiência renal aguda e 'causa mortis' choque séptico (fls. 17/19, vol. 1). A autora pede, sob a alegação de que houve omissão e negligência no atendimento dispensado à sua filha, a condenação das rés no pagamento de indenização por danos materiais e morais.

Acesso ao Sumário

3. Responsabilidade civil do Estado. Há uma imprecisão e certa confusão na indicação dos fundamentos da responsabilidade civil do Estado. A teoria mais antiga negava a responsabilidade do Estado (que, por agir na defesa e em nome

do bem comum, não podia agir contra a lei nem podia causar dano. O dano era sempre causado pelo funcionário, não pelo Estado) e direcionava as ações de indenização contra o agente público responsável pelo dano; as dificuldades decorrentes foram se tornando óbvias e levaram, superando o óbice anterior, à aceitação da responsabilidade do Estado pelos atos de seus agentes. Nesse sentido o art. 15 do Código Civil de 1916 e o art. 43 do Código Civil de 2002, que do mesmo modo estabelece a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público "por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo". A responsabilidade civil repousa na culpa subjetiva do agente público, como decorre de seus próprios termos, e se amolda à previsão do art. 186 da mesma lei.

A responsabilidade do Estado evoluiu, em um segundo momento, da culpa subjetiva tradicional (conduta ilícita do agente público) para a denominada culpa administrativa (culpa impessoal da administração), como bem explicou Celso Antônio Bandeira de Mello em 'Curso de Direito Administrativo', 11ª Ed. Malheiros, São Paulo, 1999, pág. 663:

> Responsabilidade subjetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao Direito... não é necessária a identificação de uma culpa individual para deflagrar-se a responsabilidade do Estado. Essa noção civilista é ultrapassada pela ideia denominada de 'faute du service' entre os franceses. Ocorre a 'culpa' do serviço ou 'falta de serviço' quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e a responsabilidade objetiva...
>
> É mister acentuar que a responsabilidade por 'falta de serviço', falha do serviço ou culpa do serviço ('faute du service', seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. Com efeito, para sua deflagração não basta a mera objetividade de um dano relacionado com um serviço estatal. Cumpre que exista algo mais, ou seja, culpa (ou dolo), elemento tipificador da responsabilidade subjetiva.
>
> Há responsabilidade objetiva quando basta para caracterizá-la a simples relação causal entre um acontecimento e o efeito que produz. Há responsabilidade subjetiva quando para caracterizá-la é necessário que a conduta geradora de dano revele deliberação na prática do comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de desempenho, atenção ou habilidade normais (culpa) legalmente exigíveis, de tal sorte que o direito em uma ou outra hipótese resulta

Acesso ao Sumário

transgredido. Por isso é sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar, e de acordo cm certos padrões, não atua ou atua insuficientemente para deter o evento lesivo.

A conduta configuradora da 'faute du service' caracteriza a culpa administrativa e exige demonstração, ainda que presumida, de comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de desempenho, atenção ou habilidades normais (culpa) legalmente exigíveis; o Estado (aqui em sua acepção genérica) poderá exculpar-se demonstrando a inocorrência de culpa, seja por ter agido com cuidado e zelo, seja pela inexistência de falha no serviço. Na culpa administrativa se enquadra a responsabilidade por omissão, quando caracterizada. É também conduta ilícita que enseja reparação.

4. A autora afirma na inicial que desde novembro de 2010 sua filha se queixava de fortes dores abdominais, lombares e nos braços, apresentando vômito e tosses secas constantes; por aproximadamente dois meses percorreu unidades de saúde no município de Ribeirão Preto em busca de atendimento médico; mas nenhuma medida efetiva teria sido adotada. Em razão da omissão e negligência dos serviços médicos, o quadro de saúde teria se agravado e evoluído para óbito.

Em se tratando de responsabilidade subjetiva, cabe à autora demonstrar, além do nexo de causalidade, a culpa da Administração consistente na violação do dever de agir conforme a melhor conduta. Anoto que a Desª. Teresa Ramos Marques, conforme tem exposto em seus votos, não adere a este fundamento; entende que a responsabilidade administrativa é sempre objetiva e que a escusa da administração deve fundar-se na culpa exclusiva da vítima ou na ausência do nexo de causalidade; entende que a prova deve ser examinada, como temos feito, mas para aferição do nexo entre a conduta dos agentes públicos e o dano de que a autora reclama. É o caso dos autos, em que o diferente fundamento leva ao mesmo resultado.

Passo à análise da prova para verificação da culpa administrativa ou, segundo a tese defendida pela Desembargadora revisora, do nexo de causalidade.

Acesso ao Sumário

5. O ponto controvertido da lide reside na existência ou não de responsabilidade da Santa Casa de Misericórdia e do município de Ribeirão Preto pelo óbito da filha da autora; em outras palavras, se os procedimentos adotados eram os indicados para a situação da falecida, bem como se houve negligência capaz de causar a morte de Sandra Regina.

Analiso, primeiramente, a questão envolvendo a Santa Casa de Misericórdia. Em 18-12-2010 Sandra Regina esteve na UBDS Vila Virgínia e, por apresentar histórico de inapetência e dor lombar há dez dias, bem como hipótese diagnóstica de pielonefrite (infecção do trato urinário) e anemia, foi encaminhada para tratamento na Santa Casa de Misericórdia (fls. 101, 165, vol.

1); ingressou no nosocômio às 8h41 de 19-12-2010, foi medicada, submetida a exames (radiografia do abdome, hemograma, urina, eletrólitos e avaliação da função renal [normal]) e lá permaneceu em observação até às 7h de 20-12-2010, quando a melhora do quadro clínico ensejou a alta médica (fls. 22/23, 100, 109/118, 203/205, vol. 1).

O laudo pericial elaborado pelo médico Marco Aurélio de Almeida, especialista em medicina do trabalho e em medicina legal e perícias médicas, é esclarecedor (fls. 269/294, vol. 1). O perito afirma que o resultado da necropsia realizada em 10-1-2011 não evidencia lesão infecciosa renal, sendo constatada pneumonia bilateral que cursou com choque séptico e óbito; e que a insuficiência renal aguda foi evidenciada de acordo com o exame de sangue, sendo que o quadro pode ter sido uma resposta à evolução aguda que ocorre costumeiramente, em média, de três a cinco dias quando se inicia a manifestação dos sintomas (item 6, fls. 283, vol. 1). Nas respostas aos quesitos, o 'expert' afirmou que a manutenção da paciente em observação e os exames solicitados no atendimento prestado pela Santa Casa foram adequados ao caso (quesito 1, fls. 287, vol. 2); o quadro clínico apresentado pela paciente não era típico de pielonefrite (quesito 2, fls. 288, vol. 2); a administração de laxante via retal ('fleet enema') com o intuito de diminuir a dor abdominal na noite de 19-12-2010 encontra respaldo na literatura médica (quesito 3, fls. 288, vol. 2); a progressão do quadro anêmico era desconhecida pelo médico que realizou o último exame sanguíneo, pois o exame anterior fora realizado em outro local, e o quadro clínico não era compatível com os diagnósticos que deram causa ao óbito (quesitos 4, 7 e 1.4, fls. 288/292, vol. 2).

Embora a alta hospitalar ocorrida às 7h de 20-12-2010 não tenha sido adequada, eis que presentes outros sintomas e anemia considerável (quesito 4, fls. 288/289, vol. 2), não se entrevê o nexo de causalidade entre a conduta da Santa Casa e o óbito da autora vinte dias depois. A conclusão emerge não somente das conclusões extraídas do laudo pericial, como também do tempo decorrido até o óbito, dos atendimentos anteriores e posteriores da 'de cujus', que passou por outras três unidades básicas de saúde antes de evoluir para o óbito. A ação é improcedente em relação à Santa Casa.

6. Analiso, agora, o nexo causal envolvendo o município, consubstanciado no atendimento dispensado pelas unidades básicas de saúde. Em 12-11-2010, reportando os sintomas acima delineados, Sandra Regina foi pela primeira vez atendida na UBDS Vila Virgínia (fls. 21, 142, 210, vol. 1); desde então foram outros trinta e três registros de atendimentos e exames junto à UBS Adão do Carmo Leonel, UBDS Central e CSB Sumarezinho até que em 9-1-2011 foi internada no Hospital das Clínicas de Ribeirão Preto, onde faleceu no dia seguinte (fls. 20/21, 141/143/166, 207/216vº, 219/231vº, vol. 1). Em 1-12-2010, 5-12-2010, 19-12-2010 e 9-1-2011 houve indicações de internação em caráter

Acesso ao Sumário

de urgência; as duas primeiras canceladas pelo médico plantonista da UBS/UBDS, na terceira Sandra Regina passou a noite em observação na Santa Casa de Misericórdia e na quarta foi internada no Hospital das Clínicas de Ribeirão Preto (fls. 19, 143, 163/165, vol. 1).

O perito afirma não ser possível concluir que a morte de Sandra Regina decorreu da falta de atendimento médico, pois foi prontamente atendida em todas as vezes que buscou avaliação médica para tratamento de seus sintomas (fls. 24/36, vol. 1; quesitos 7, 13, 15 e 16, fls. 283, 286/287, vol. 1); observou, por outro lado, que a continuidade do tratamento médico restou prejudicada pela falta de interatividade entre os diversos serviços públicos envolvidos, pois cada atendimento aconteceu com um médico diferente e em situações e locais distintos, prejudicando a avaliação da evolução clínica (item 7, fls. 283, vol. 1). Nas respostas aos quesitos, o 'expert' diz não ser possível afirmar que o atendimento foi precário ou que a doença da paciente fosse passível de recuperação, notadamente porque fora aventada a hipótese diagnóstica de doença lúpica, autoimune e muitas vezes não responsiva às medicações prescritas (quesitos 5 e 1.3, fls. 285, 291, vol. 1) (isto é, o perito não confirma que fosse plausível a recuperação de Sandra); e inclusive afirma que a 'causa mortis' pode ser inferida como consequência esperada da doença lúpica associada a quadro de insuficiência renal (quesito 3.7, fls. 294, vol. 1).

7. A juíza, em cuidadosa sentença, admite inexistir prova do vínculo entre o atendimento médico prestado pelo município e a morte de Sandra (fls. 365, vol. 2), mas afirma que a paciente não recebeu a prestação adequada e necessária ao estado de saúde que apresentava, vendo- se que os atendimentos foram fragmentados, sem uma visão do todo (holística) que exigia maior atenção; pois se tivesse havido a humanização do atendimento, isto é, uma assistência não fragmentária, por certo a identificação dos males do corpo seria encurtado e, ainda que não fosse possível evitar o evento morte, por certo o sofrimento da paciente e de sua mãe, que a tudo assistia impotente, poderia ser reduzido (fls. 363, vol. 2).

Acesso ao Sumário

Não vejo como acompanha-la. Já vimos que a vítima não apresentava sintomas dos males que a levaram a óbito quando atendida na Santa Casa em 19-12-2010; foi atendida em 21-12-2010 (fls. 149/150, vol.1) com queixa de constipação intestinal e indicação 'gastro com prioridade', sem anotação do prosseguimento; em 29-12-2010 (fls. 151) com dor intensa em região de acometimento de herpes zoster e foi disso medicada; em 31-12-2010 com dor na região dorsal compatível com herpes zoster, sendo medicada; em 5-1-2011 (fls. 153) com diagnóstico de herpes zoster e vômito, sendo medicada; em 9-1-2011 com queixa de edema, falta de coordenação, náuseas e vômito em seguida dois episódios de sangramento, queixas deitada ao leito. Foi removida para o Hospital das Cínicas onde deu entrada com diagnóstico de choque a/e, dor abdominal e

taquicardia; foi atendida em regime intensivo, fez exames complementares e veio a óbito 16 horas depois do ingresso (fls. 282, vol. 1).

A conclusão pericial e as fichas de atendimento, quando menos, abalam o nexo de causalidade entre a conduta do município e o óbito da autora. Nada indica que se o município tivesse adotado todas as medidas exigidas pela autora, inclusive internado sua filha em 1-12-2010 e 5-12-2010, o resultado teria sido outro; a conclusão emerge da sequência de atendimentos da 'de cujus' antes de evoluir para o óbito, inclusive do período que passou em observação na Santa Casa de Misericórdia (19 e 20-12-2010) com alta médica decorrente da melhora do quadro clínico. Sandra foi levada ao atendimento médico nos dias 29 e 31-12-2010 e 5-1-2011 com um quadro de herpes zoster e dor intensa na região dorsal, passível de provocar o distúrbio gastrointestinal, e disso foi tratada. Nada há nos autos a indicar falha no atendimento prestado pela Prefeitura nem se identificou a causa da broncopneumonia e da insuficiência renal aguda que, como indicou o perito (fls. 283, vol. 1) 'pode ter sido resposta a uma evolução aguda que ocorre costumeiramente em média de três a cinco dias quando se inicial a manifestação dos sintomas'.

8. A necropsia (fls. 18) indica como 'causa mortis' choque séptico, broncopneumonia bilateral e insuficiência renal aguda. A fisiopatologia do choque séptico não é totalmente conhecida, mas sabe-se que um papel chave no seu desenvolvimento é desempenhado por uma resposta imune a uma infecção. O choque séptico é uma resposta sistêmica a uma infecção grave. As infecções precipitantes que podem conduzir a choque séptico incluem apendicite, pneumonia, bacteremia, diverticulite, pielonefrite, meningite, pancreatite, fasceíte necrotizante e necrose mesentérica, mas não estão limitadas a elas. O choque séptico é, pois, geralmente, mas nem sempre, secundário a uma septicemia ou infecção generalizada (in . A pneumonia bilateral, por sua vez, é uma infecção ou inflamação do pulmão causada por bactérias, que pode ser agravada em um organismo debilitado, com sintomas conhecidos do médico. A insuficiência renal aguda, por sua vez, é a perda rápida da função renal devido a dano nos rins em menos de sete dias e tem a sepse (resposta a uma infecção) como uma de suas causas. Esses dados, somados à correlação diagnóstica (fls. 18/19) indicada no exame necroscópico, permite concluir, como se vê no laudo pericial, que Sandra foi acometida de uma infecção grave (broncopneumonia) que em poucos dias evoluiu para uma sepse, que levou à insuficiência renal aguda e ao choque séptico que a conduziu ao óbito. Não há indicação nos autos ou no laudo pericial que tal infecção e rápido desfecho pudesse ter sido diagnosticada ou prevenida no atendimento nos dias 21, 29 e 31/12 e 1 e 5/1 até o diagnóstico em 9/1 na última UBS onde compareceu.

A dinâmica dos fatos e os elementos dos autos denotam que as intercorrências clínicas que se sucederam proveem do quadro próprio da

Acesso ao Sumário

paciente, de sua frágil condição de saúde, da resposta orgânica às medidas instituídas, dentre outros. Depreende-se, portanto, que o quadro apresentado nas diversas idas à UBS, em especial as mais próximas ao óbito, não justificava diagnóstico e tratamento diferente, que a adoção de outras providências além daquelas demonstradas nos autos não teria alterado o resultado e que o óbito de Sandra Regina decorreu de fatores independentes da boa ou a má prestação do serviço pelas rés. Em outras palavras e adotando aqui uma expressão mais em voga no direito penal, o óbito decorreu de causa independente da conduta do acusado, hábil a excluir a responsabilidade. A condenação, que não decorre de responsabilidade objetiva, não se sustenta.

9. Ausente o liame de causalidade, não há que se falar em responsabilidade civil do município. No mesmo sentido já decidiu a 4ª Câmara de Direito Público, Rel. Rui Stoco, AC nº 9123618-82.2007, 23-5-2011, v.u.:

> Ainda que se pudesse falar em 'faute du service' ou falha do serviço, ou negligência do pronto-socorro, decorrente da ausência de pedido de tomografia craniana, o próprio perito reconheceu que seria inócua tal realização. Foram suas as seguintes palavras: [...] "uma TC cerebral poderia elucidar o caso. No entanto, mesmo que a mesma tivesse sido realizada precocemente, não haveria alteração na evolução do quadro, visto que um AVC hemisférico tem prognóstico sombrio" (fls. 189). Se tal ausência não foi causa eficiente da morte, ou seja, do dano expiado, da mesma forma, não resta estabelecido o nexo de causalidade, elemento ontológico à caracterização do mister reparatório do Estado. Ademais, como esclarecido pelo depoimento de fls. 230/231, o "SAMEB não é um hospital, mas sim um pronto-socorro" [...] "não tem tomografia, nem equipe de neurologia para avaliar a tomografia e tomar as medidas pertinentes".
>
> E sabe-se, como já decidido por esta 4ª Câmara, que "a impossibilidade momentânea de atendimento de pessoas sem condições de arcar com as despesas em hospitais públicos, conveniados ou não, ou pertencentes ao Sistema Único de Saúde - SUS, não caracteriza omissão culposa, falta ou falha do serviço que possam impor ao Poder Público a responsabilidade por dano moral ou mesmo por dano material" (TJSP - 4ª C. Dir. Público - Ap. 994.05.023935-0 - Rei. Rui Stoco - j . 22.2.2010).
>
> Como se verifica, a prova dos autos conduz à conclusão inexorável de que a causa eficiente da morte não foi a negligência ou imperícia da entidade hospitalar, falha ou falta do serviço, que possa dar supedâneo à reparação pretendida. Tal evento derivou de caso fortuito, o que exclui o nexo causal, cabendo lembrar que a omissão culposa é apenas um dos requisitos para a configuração da responsabilidade Estatal, que não se perfecciona se ausente o liame de causalidade.

Acesso ao Sumário

O voto **é pelo provimento do recurso oficial e das rés** para julgar improcedente a ação; em razão da sucumbência, condeno a autora no pagamento

das custas, despesas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 15% do valor atualizado da causa, suspensa a exigibilidade enquanto perdurar a miserabilidade processual (fls. 41, vol. 1). Faculto às partes oporem-se, em igual prazo, ao julgamento virtual de recurso futuro.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 0002758-30.2016.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que são apelantes MOACIR APARECIDO LEOPOLDINO (HERDEIRO) e ELAINE DE MARCO (ESPÓLIO) e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.001)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSWALDO LUIZ PALU (Presidente), MOREIRA DE CARVALHO e CARLOS EDUARDO PACHI.

São Paulo, 4 de dezembro de 2018.

OSWALDO LUIZ PALU, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Cumprimento de sentença. Execução de multa diária decorrente do cumprimento parcial da obrigação a que condenada a FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL. Sentença que acolheu a impugnação para excluir a multa diária.

1. Preliminar de não conhecimento do recurso. Alegação de que a decisão apelada é mera decisão interlocutória e não sentença, sendo cabível recurso de agravo de instrumento e não apelação. Afastamento. Decisão que, muito embora não tenha explicitado a extinção da execução, acolheu a impugnação para excluir a multa diária. Execução que foi movida objetivando o recebimento da multa diária e o i. juiz entendeu não ser esta devida, obviamente, não há falar em prosseguimento da execução.

2. Mérito. Alegado descumprimento parcial da

Acesso ao Sumário

obrigação. Autora que permaneceu inerte por mais de um ano após o deferimento da tutela antecipada, somente informando tal fato no cumprimento de sentença.

Vedação ao enriquecimento ilícito. Não se mostra razoável que a executada seja compelida a pagar o vultoso valor pleiteado, considerando que a autora permaneceu inerte por mais de um ano, sem jamais ter noticiado o descumprimento parcial da obrigação. Ademais, sobreveio notícia da morte da autora, e, em que pese não se tratar de execução de caráter personalíssimo, o seu prosseguimento, no caso, iria de encontro à efetividade do provimento jurisdicional pleiteado.

3. Sentença mantida. Recurso não provido.

VOTO

I. RELATÓRIO.

Cuida-se de **recurso de apelação** interposto objurgando a r sentença de **fls. 47/49** que, nos autos do **cumprimento de sentença** movido por **ELIANE DE MARCO** em face da **FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL**, acolheu a impugnação apresentada pela executada, para excluir a multa diária aplicada pelo descumprimento de ordem judicial. Em razão da sucumbência experimentada pela parte impugnada, restou esta condenada ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) da diferença apurada entre os valores apresentados pelo exequente e executado, devidamente atualizada, observando-se a gratuidade judiciária, se o caso.

Inconformada, insurge-se ELAINE DE MARCO, representada pelo seu sucessor, MOACIR APARECIDA LEOPOLDINO, por meio de recurso de apelação (fls. 53/61), sustentando, em breve síntese, que ajuizou o presente cumprimento de sentença em face da ora apelada, objetivando a execução de multa diária decorrente do cumprimento parcial da obrigação a que fora condenada a **FAZENDA ESTADUAL**, para que lhe fornecesse 9 (nove) fraldas geriátricas por dia, sob pena de multa de R$ 300,00 (trezentos reais) por dia de atraso no cumprimento da obrigação. Aduz que a executada fornece apenas 6 (seis) unidades por dia, descumprindo, assim, parte da obrigação que lhe foi imposta. Por tais razões, pleiteia o recebimento do valor de R$ 144.000,00 (cento e quarenta e quatro mil reais) decorrente do não cumprimento da obrigação desde 12/09/2014. Por tais razões, pugna pelo acolhimento integral do recurso, que é tempestivo e isento de preparo, ora recebido em seus regulares efeitos,

Acesso ao Sumário

com contrarrazões apresentadas a **fls. 191/201. É o relatório.**

II. FUNDAMENTO E VOTO.

1. O recurso não comporta acolhimento.

2. Trata-se de impugnação oferecida pela **FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL** nos autos do cumprimento de sentença que lhe move **ELAINE DE MARCO**, objetivando a execução de multa diária no valor de R$ 144.000,00 (valor para 22.01.2016), decorrente do descumprimento parcial da obrigação a que fora condenada.

3. A FAZENDA ESTADUAL alegou, em sua impugnação, que, segundo informações obtidas no sistema CODES, a autora estava sem retirar os insumos há mais de 360 dias, o que acabou ocasionando o bloqueio de entrega junto ao sistema. Assevera que a execução deve ser extinta, porquanto quem deu causa à mora foi a exequente e não a executada.

4. Sobreveio a r. decisão vergastada que acolheu a impugnação apresentada pela executada para excluir a multa diária, motivo da irresignação ora manifestada pela apelante.

5. Primeiramente, passo à análise da preliminar aventada pela FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL em suas contrarrazões.

5.1. Aduz a apelada que o recurso não deve ser conhecido, eis que a decisão combatida não se trata de sentença, mas de decisão interlocutória, uma vez que não houve extinção da execução, cabível, portanto, recurso de agravo de instrumento e não apelação.

5.2. Embora realmente não esteja explicitado na r. decisão que a execução foi extinta, note que a impugnação foi acolhida para excluir a multa diária aplicada. Nesse sentido, se a execução foi movida objetivando o recebimento da multa diária e o juiz entendeu não ser esta devida, obviamente, não há falar em prosseguimento da execução. Aliás, a própria **FAZENDA ESTADUAL** assim se manifestou a **fls. 52**, quando discordou do pedido de habilitação feito pelo herdeiro da autora, sob o argumento de que "...a ação é personalíssima e com a decisão pelo acolhimento da impugnação feita pela Fazenda Estadual, os autos foram extintos."

5.3. Impende destacar ainda, que após a prolação da r. sentença, sobreveio decisão que deferiu o pedido de habilitação do herdeiro da autora, **MOACIR APARECIDO LEOPOLDINO**, em virtude do falecimento desta. Entretanto, tal fato não altera a natureza da sentença proferida, eis que, conforme asseverado pelo douto juiz monocrático a fl. 188, "a ação nesta fase (execução de multa de mora) não é personalíssimo, mas sim direito patrimonial que se transfere aos herdeiros e ainda pende recurso de apelação."

Sendo assim, afasto a preliminar aventada para conhecer o recurso interposto e analisar o mérito.

Acesso ao Sumário

6. A questão ora debatida chegou ao meu conhecimento por ocasião do julgamento do então reexame necessário nº 1014051-48.2014.8.26.0506 interposto nos autos da ação de obrigação de fazer movida pela ora apelante em face do **MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO** e da **FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL**, objetivando o fornecimento, pelos requeridos, de fraldas geriátricas. Naquela ação, a antecipação da tutela foi deferida em **20.08.2014 (publicação em 01.09.2014),** seguindo-se sentença de procedência em **27.02.2015 (publicação em 16.03.2015).** Ao recurso oficial foi negado provimento, mantendo-se a sentença de procedência **(29.10.2015).**

6.1. Em **22.01.2016**, ou seja, 1 ano e 4 meses após o deferimento da liminar, a autora moveu o presente cumprimento de sentença, ao argumento de que a executada deixou de fornecer a quantidade correta de fraldas geriátricas por dia, entendendo fazer jus ao recebimento da importância de R$ 144.000,00 (cento e quarenta e quatro mil reais) a título de ***astreintes.***

6.2. Analisando os autos da ação originária, não há notícia acerca do alegado descumprimento parcial da obrigação pela requerida. E, considerando que a exequente afirma que tal descumprimento iniciou-se em **12.09.2014** (data da intimação da executada sobre a decisão que concedeu a tutela antecipada), causa estranheza o fato de que somente após decorrido mais de um ano da data do alegado descumprimento, sobrevenha tal informação.

7. As 'astreintes' fixadas pelo douto juiz monocrático, possuem amparo legal, justificando- se como medida coercitiva, voltada a garantir o cumprimento da ordem judicial dada. Todavia, devem ser observados na sua fixação, critérios de moderação e razoabilidade, de modo a cumprir sua finalidade coercitiva, mas também evitar o enriquecimento ilícito.

7.1. No caso, não se mostra razoável que a executada seja compelida a pagar o vultoso valor pleiteado, considerando que a autora permaneceu inerte por mais de um ano, sem jamais ter noticiado o descumprimento parcial da obrigação. Ademais, sobreveio notícia da morte da autora, e, em que pese não se tratar de execução de caráter personalíssimo, o seu prosseguimento, no caso, iria de encontro à efetividade do provimento jurisdicional pleiteado.

8. Além disso, a autora não comprovou a necessidade de continuidade da utilização dos insumos pleiteados, conforme determinado na sentença e confirmado no acórdão. E não se pode onerar injustificadamente o erário (=contribuintes), sem um fim objetivo (no caso, a questão já está solucionada).

9. Em suma, a extinção da execução era mesmo medida de rigor, razão pela qual impõe-se a manutenção da r. sentença nos moldes em que proferida.

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

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1034948-07.2017.8.26.0114/50000, da Comarca de Campinas, em que é embargante ESTADO DE SÃO PAULO, é embargado CELSO GUMIERO DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Acolheram em parte os embargos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.552)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSVALDO MAGALHÃES (Presidente sem voto), ANA LIARTE e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 9 de novembro de 2018.

PAULO BARCELLOS GATTI, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Erro material – Necessidade de retificação no relatório e no dispositivo do v. acórdão embargado, a fim de que passe a constar o correto termo *a quo* da incidência da correção monetária – Embargos parcialmente acolhidos para sanar erro material, com efeitos infringentes.

VOTO

Vistos.

Trata-se de embargos de declaração opostos pela **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO** contra v. acórdão proferido por esta 4ª Câmara de Direito Público (fls. 61/71) que negou provimento aos recursos, oficial e voluntário da Fazenda Pública, de modo a manter a r. sentença de primeiro grau que julgou procedente a demanda, sob o fundamento de fazer jus o autor, na qualidade de servidor militar reformado, à pretendida conversão em pecúnia do período de licença-prêmio adquirido e não gozado quando em atividade, **com singela observação** quanto à adequada forma de incidência dos consectários legais sobre o montante condenatório, a saber: ***(i)* correção monetária** a partir do vencimento de cada prestação, de acordo com o INPC[1] (vide Tema 905/

1 **Consoante entendimento majoritário do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**

Acesso ao Sumário

STJ), e (***ii***) juros de mora a partir da citação, na base 0,5% a.m. até 29.06.2009 (redação original do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97) e, a partir de então, segundo os percentuais aplicados à caderneta de poupança (observada a regra instituída pelo art. 1º da Lei 12.703/2012), na forma do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/1997, com a redação atribuída pelo art. 5º, da Lei nº 11.960/2009 (vide teses firmadas no RE nº 870.947/SE – STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. LUIZ FUX, julgado em 20.09.2017). Ainda, arbitro os honorários sucumbenciais devidos estritamente para a fase cognitiva recursal (art. 85, §11, do CPC/2015) em **R$ 500,00**, sem prejuízo do montante já arbitrado para a fase cognitiva em primeiro grau.

Sustenta a embargante em suas razões (fls. 01/02) que há erro material no v. acórdão embargado, pois no relatório e no dispositivo do julgado constou que a correção monetária incidiria "a partir do vencimento de cada prestação" quando, em verdade, deveria ser "a contar do trânsito em julgado da ação". Ao final, requer sejam acolhidos os aclaratórios, sanando-se o erro material apontado, mantendo-se intocados os demais termos.

Instada a se manifestar (fl. 03), o embargado aduziu que assistiria parcial razão à embargante no tocante à data-base da correção monetária, mas que não seria o trânsito em julgado da decisão e sim a data em que passou para a inatividade ou a data do ajuizamento da ação (fls. 06/07).

Este é, em síntese, o relatório.

VOTO

De fato, há erro material no acórdão embargado que, por equívoco, apontou às fls. 69 e 71 que a correção monetária, de acordo com o INPC, deveria incidir "a partir do vencimento de cada prestação", quando o correto seria "desde o ajuizamento da ação".

Assim, com o propósito de sanar o equívoco, no primeiro parágrafo das fls. 69 e 71, o termo a quo da correção monetária deve ser substituído por "desde o ajuizamento da ação".

Ante o exposto, **ACOLHO EM PARTE** os embargos de declaração tão-somente para fazer constar no relatório e no dispositivo do voto (fls. 69 e 71) que o termo a quo da correção monetária conta "desde o ajuizamento da ação".

Acesso ao Sumário

(**Precedentes**: Mandado de Segurança nº 0023546-41.2010.8.26.0000, **Órgão Especial**, Rel. Des. SOUZA NERY, j. 01.06.2011; Apelação Cível nº 0050370-04.2012.8.26.0053, **3ª Câmara de Direito Público**, Rel. Des. AMORIM CANTUÁRIA, j. 15.09.2015; Apelação Cível nº 1008156-98.2015.8.26.0562, **9ª Câmara de Direito Público**, Rel. Des. REBOUÇAS DE CARVALHO, j. 15.09.2015; Apelação Cível nº 0016220-60.2013.8.26.0053, **10ª Câmara de Direito Público**, Rel. Des. TORRES DE CARVALHO, j. 10.08.2015; Apelação Cível nº 0040988-84.2012.8.26.0053, **14ª Câmara de Direito Público**, Rel. Des. JOÃO ALBERTO PEZARINI, j. 10.09.2015).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0098391-83.2006.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é embargante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é embargado AUTO POSTO PARDO LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Acolheram os embargos. V.U. , de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.821)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente), MARREY UINT e MAGALHÃES COELHO.

São Paulo, 3 de dezembro de 2018.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: REANÁLISE – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Devolução à turma Julgadora para adequação ou manutenção do julgado, nos termos do art. 543-B do CPC/1963 (atual art.1040, parágrafo 3º, inciso II, do C.P.C./2015) – Mandado de segurança preventivo impetrado por empresa revendedora de combustíveis, objetivando a declaração do seu direito à restituição da diferença do ICMS pago a maior no regime de substituição tributária para a frente, se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida – Segurança denegada – Apelo do então impetrante, improvido e embargos de declaração rejeitados – Reforma do que decidido – Adequação do que decidido no julgamento anterior dos embargos de declaração e do apelo ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 593.849/MG, Tema 201, Tribunal Pleno, relator Ministro Edson Fachin j. em 19/10/2016 – Sentença denegatória da segurança pleiteada reformada – Reforma, outrossim, do julgado, mediante o juízo de retratação – Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes.

Reforma do julgado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Tratava-se de embargos de declaração (fls.306/346), opostos para indicar

omissões e contradições no V. Acórdão embargado de fls. 300/303, que, por votação unânime, foi rejeitado. Referido recurso foi oposto em face de decisão proferida em apelação cível, que negou provimento ao apelo interposto por empresa que atua no ramo de revenda de combustíveis, que buscava a reforma da sentença proferida em ação declaratória de inexigibilidade de crédito tributário, em que a então autora, buscava a declaração do direito de efetuar creditamento e transferência de ICMS aos seus substitutos tributários, em razão da diferença de valores pagos a maior, pois o preço real se mostrou inferior à base de cálculo inicialmente presumido, conforme o amparo do art. 66-B. inciso II, da Lei Estadual 6.374/89 e art. 150, inciso IV, parágrafo 7º, da Constituição Federal.

O apelo foi julgado (fls.300/303), com resultado de improvimento, mantendo-se a sentença de improcedência da ação.

Opostos embargos de declaração a fls. 306/342, rejeitados a fls.351/354.

Interpostos recurso especial (fls. 357/411) e extraordinário (fls.426/481). Não foram apresentadas contrarrazões aos recursos interpostos.

O recurso extraordinário foi sobrestado, e o recurso especial teve a análise relegada para momento oportuno (fls. 496).

O Desembargador Evaristo dos Santos, Presidente da Seção de Direito Público, determinou o retorno dos autos à Turma Julgadora, em razão do julgamento do mérito do Recurso Extraordinário nº 593.849/MG, (Tema 201/STF), nos termos do art. 1.040, II, do CPC, para eventual adequação da fundamentação ou manutenção da decisão (fls. 554/555).

É o relatório.

Haverá reforma no presente julgado.

Por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 593.849/MG, Tema 201 do STF, DJe de 05 de abril de 2017, decidiu-se que é devida a restituição de diferença de Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviços ICMS, pago a mais, no regime de substituição tributária para frente, se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida.

Desta forma, referido julgado alterou parcialmente o precedente firmado na ADI 1851/AL, de modo que os efeitos jurídicos deste novo entendimento orientam apenas os litígios judiciais futuros e os pendentes, submetidos à sistemática de repercussão geral, como o caso destes autos.

Com efeito, desta reanálise, a então embargante sustenta que possui direito à declaração do direito à restituição imediata de ICMS recolhido a maior, quando o preço final da mercadoria for inferior àquele presumidamente arbitrado pelo Fisco, sob pena de violação ao princípio da isonomia.

A Constituição Federal, em seu artigo 150, §7º, disciplina a aplicação do regime de substituição tributária, assegurando "a imediata e preferencial

restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido".

No âmbito do Estado de São Paulo, o direito à restituição, no caso de não ocorrência do fato gerador, foi reconhecido por meio do art. 66-B, da lei Estadual 6.374/89, ao assegurar a restituição do imposto pago a maior "caso se comprove que na operação final com mercadoria ou serviço, ficou configurada obrigação tributária de valor inferior à presumida" (inciso II).

Neste mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em sede de repercussão geral, que "é devida a restituição da diferença do ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para a frente, se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida" (RE 593.849, Tribunal Pleno, Relator Ministro Edson Fachin, j. em 19/10/2016).

Por isso, a posterior edição da lei estadual que limita o direito à restituição – nos casos em que a obrigação final não corresponde ao valor presumido, apenas para a hipótese em que o preço final for pré-estabelecido pelo Fisco (art. 66-B, §3ºda Lei nº 6.374/89, afronta a Constituição Federal, nos termos da repercussão geral citada.

Consequentemente, faz-se a adequação do presente julgado, modificando o entendimento anterior, para acolher os presentes embargos de declaração, com efeitos infringentes, a fim de garantir à então embargante, a declaração do direito à restituição de ICMS recolhido a maior quando, em regime de substituição tributária, o valor da operação final for inferior ao presumido.

Desta forma, reformada também está a decisão proferida no julgamento do recurso de apelação cível, sendo, assim, a apelação interposta, provida.

Isto posto, reforma-se o julgado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0000547-37.2014.8.26.0394/50000, da Comarca de Nova Odessa, em que é embargante MARIA DAS GRAÇAS BARBOSA, são embargados PREFEITURA MUNICIPAL DE NOVA ODESSA e JORGE FERNANDES JÚNIOR.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Embargos de declaração parcialmente acolhidos por V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.162)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BANDEIRA LINS (Presidente) e LEONEL COSTA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 3 de dezembro de 2018.
PAULO DIMAS MASCARETTI, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Inexistência de omissão a ser suprida – Acórdão que já apreciou devidamente todos os aspectos relevantes da lide, à luz do regramento pertinente – Questões suscitadas pela embargante que foram devidamente resolvidas no próprio aresto – Embargante que, na verdade, pretende o reexame de pontos sobre os quais já houve pronunciamento expresso no acórdão hostilizado, olvidando-se que são incabíveis embargos de declaração utilizados com a indevida finalidade de instaurar uma nova discussão sobre a controvérsia jurídica já apreciada pelos julgadores – Erro material, no entanto, que deve mesmo ser sanado nesta oportunidade – Embargos acolhidos em parte para esse fim.

VOTO

Maria das Graças Barbosa ajuizou a presente ação contra o Município de Nova Odessa, objetivando a internação compulsória de seu filho, Jorge Fernandes Júnior, em estabelecimento de saúde especializado e adequado para tratamento de dependentes químicos.

Alegou a autora, em essência, que: seu filho conta com 26 (vinte e seis) anos e se tornou dependente de drogas desde os doze anos, em especial maconha, cocaína e crack, além de bebidas alcoólicas em geral; devido a seu quadro de dependência e uso contínuo de drogas, desenvolveu quadro de esquizofrenia refratária; em momentos de crise, coloca em risco sua própria integridade física e de seus familiares; diante do grave quadro, os cuidados exclusivos da família não se mostram adequados ou efetivos; a internação do dependente químico é medida protetiva, que visa o adequado tratamento médico para salvaguardar o direito à saúde e à integridade física e mental da pessoa; a rede de serviços de saúde pública tem obrigação de desenvolver programas de atenção aos usuários e dependentes de drogas, seja de forma direta, seja de forma indireta, destinando recursos às entidades da sociedade civil que não tenham fins lucrativos e que atuem nesse setor. Daí o ajuizamento do presente feito, invocando, no particular, o disposto no artigo 196 e seguintes da Constituição Federal e na Lei nº 10.216/2001.

A antecipação dos efeitos da tutela de mérito pretendida foi deferida,

determinada a internação compulsória de Jorge Fernandes Júnior, "pelo prazo inicial de três meses, após o que deverá ser cobrada da instituição acolhedora informações sobre o seu estado de saúde para nova avaliação da necessidade de internação" (v. fls. 53).

Noticiou-se, então, a internação do paciente na Clínica Indaiá (v. fls. 96) e o cumprimento da medida pelo Hospital Psiquiátrico, indicado o período de acompanhamento entre 18/03/2014 a 22/05/2014 (v. fls. 106).

A r. sentença de fls. 96/98, prolatada pela Dra. Michelli Vieira do Lago Ruesta Changman, julgou procedente o pedido inicial, confirmando a tutela antecipada anteriormente concedida.

Ordenada a remessa dos autos à Superior Instância para o reexame necessário, sobreveio apelação da autora, postulando a condenação da Municipalidade de Nova Odessa no pagamento de honorários advocatícios, na forma dos artigos 85 do Código de Processo Civil e 22 da Lei nº 8.906/94.

Não foram oferecidas contrarrazões (v. certidão de fls. 168).

O parecer da Procuradoria de Justiça, atinente apenas ao mérito da ação, foi pela manutenção da r. sentença (v. fls. 172/176).

O acórdão de fls. 186/193, por maioria de votos, deu provimento ao recurso voluntário e negou ao reexame necessário, vencido o Desembargador Leonel Costa.

A apelante manifesta agora embargos declaratórios, dando conta da existência de omissões, contradições e obscuridades no aresto impugnado, haja vista que: acolheu seu recurso e estipulou os honorários advocatícios em R$ 1.000,00 (um mil reais), com fundamento no artigo 85, § 11 do Código de Processo Civil; todavia, referida norma dispõe sobre a majoração e não sobre o arbitramento daquela verba, cujo regramento encontra-se nos §§ 2º e 3º do mesmo artigo, que estabelecem sua fixação entre um mínimo de 10 (dez) e um máximo de 20 (vinte) por cento sobre o valor atualizado da causa; nem é caso de arbitramento dos honorários em valor certo, por apreciação equitativa, nos moldes do artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil, aplicável apenas na hipótese de o valor da causa ser inestimável ou irrisório, que não é o caso dos autos; ademais, nada foi estabelecido em relação à forma de atualização da verba sucumbencial, restando caracterizada nova omissão do julgado.

É o relatório.

Os embargos devem ser conhecidos, mas comportam apenas parcial acolhida.

Na parte que interessa à solução dos presentes embargos, o acórdão hostilizado deixou assentado, na justa medida, que:

> "... o recebimento pelo advogado da parte contrária dos honorários estabelecidos pelo convênio firmado entre a Defensoria Pública do Estado

de São Paulo e a OAB/SP, não impede o recebimento de honorários de sucumbência, porquanto a verba honorária paga por força do convênio possui natureza diversa da dos honorários sucumbenciais.

A propósito, esta Oitava Câmara de Direito Público já decidiu caso análogo no seguinte sentido:

'Os honorários a serem estabelecidos em decorrência da atuação do causídico no processo, nomeado nos termos do Convênio celebrado entre a Defensoria Pública do Estado de São Paulo e a Ordem dos Advogados do Brasil Seção de São Paulo, para a prestação de assistência judiciária e jurídica gratuita à população carente, equiparam-se àqueles negociados entre advogado e cliente' (v. Apelação Cível nº 3002641-37.2013.8.26.0071, Relator o Desembargador Jarbas Gomes, j. 20.05.2015).

Nesse passo, a defensora nomeada faz mesmo jus aos honorários de sucumbência, sem prejuízo dos honorários contratuais que lhe são devidos pelo Estado, nos termos da cláusula 5ª, parágrafo segundo, item 'j' do Termo de Convênio celebrado entre a Defensoria Pública do Estado de São Paulo e a Ordem dos Advogados do Brasil e dos artigos 22, '*caput*' e §1º, e 23, da Lei nº 8.906/94, (Estatuto da Advocacia e da OAB), *in verbis*:

'Cláusula Quinta

Dos Honorários.

Os honorários devidos aos Advogados provenientes das provisões serão suportados com os recursos da Defensoria e nos valores estabelecidos na tabela que integra o presente convênio, elaborada pelas partes convenentes, na forma prevista no § 2º, do art. 234, da Lei Complementar Estadual nº 988/06.

Parágrafo 1°: Os honorários serão fixados nos casos previstos na cláusula terceira, conforme os valores constantes da Tabela que integra o presente Convênio (Anexo V). Parágrafo 2°: O pagamento dos honorários far-se-á da seguinte forma:

(...)

j) Os honorários de sucumbência, quando fixados, pertencem, integralmente ao Advogado, sem prejuízo do que lhe for devido nos termos deste Convênio.

(...)

Artigo 22. A prestação de serviço profissional assegura os inscritos na OAB o direito aos honorários convencionais, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

Parágrafo 1º. O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional

Acesso ao Sumário

da OAB, e pagos pelo Estado.

Artigo 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor'" (v. fls. 191/193).

Nesse passo, tinha mesmo lugar a condenação da Municipalidade ré a compor a verba honorária advocatícia em razão de sua sucumbência na ação.

E, nos termos do artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil:

"Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

(...)

§ 8º. Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º".

No caso vertente, é nitidamente inestimável o proveito econômico obtido pela autora com a condenação pronunciada nos autos, razão pela qual essa é a regra incidente na fixação da verba honorária advocatícia *in casu*, independentemente do valor atribuído à causa, arredando os limites estabelecidos no artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

Ora, consideradas as circunstâncias elencadas nos incisos deste mesmo dispositivo legal, especialmente quanto aos fatos de se tratar de causa de relativamente rápida tramitação, sem maiores complexidades, nas quais nem sequer houve a oposição de resistência ao pedido inicial por parte da demandada (v. certidão de fls. 128), os honorários advocatícios foram arbitrados em R$ 1.000,00 (um mil reais), conclusão que, à evidência, prescinde de qualquer esclarecimento ou da integração postulada pela embargante.

Na verdade, ao que tudo indica, a vencida não se conformou com o proclamado, pretendendo sua reforma por meio destes embargos declaratórios.

Impende considerar, no entanto, que o aresto ora impugnado analisou devidamente todos os aspectos relevantes da lide, à luz do regramento pertinente, buscando-se agora o reexame de pontos sobre os quais já houve pronunciamento, com inversão, em consequência, do resultado final.

E, como é sabido, são incabíveis embargos de declaração utilizados com a indevida finalidade de instaurar uma nova discussão sobre a controvérsia jurídica já apreciada pelos julgadores (v. RTJ 164/793).

Apenas num ponto a presente irresignação merece acolhida, porquanto deve ser reconhecida a existência de erro material no dispositivo do acórdão embargado, ao fazer menção ao arbitramento dos honorários advocatícios com fundamento no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, sanando-se o vício

Acesso ao Sumário

nesta oportunidade.

Ante o exposto, acolhe-se em parte os embargos de declaração para fazer constar o seguinte dispositivo:

> "Ante o exposto, nega-se provimento ao reexame necessário (pertinente na espécie) e dá-se provimento ao recurso da patrona da autora para o fim de arbitrar os honorários advocatícios em R$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil".

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1015000-34.2018.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO, é embargado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos. V.U.", em conformidade com o voto do Relator. **(Voto nº 27.842)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSWALDO LUIZ PALU (Presidente) e DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 4 de dezembro de 2018.

JEFERSON MOREIRA DE CARVALHO, Relator

Ementa: "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Rediscussão e prequestionamento – Não ocorrência de qualquer das hipóteses do art. 1.022, do Código de Processo Civil – Embargos de declaração rejeitados."

VOTO

COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO opõe **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO** sob alegação de obscuridade, vez que o v. acórdão de fls. 247/254 não foi claro quanto a idade em que, no cumprimento da Lei, pode-se deixar de exigir o documento de identidade do consumidor que adquira bebida alcoólica. Requer a emenda da decisão embargada para constar informação sobre a partir de qual idade a embargante pode deixar de exigir do consumidor o documento de identidade, para que não ocorra o constrangimento desnecessário.

RELATEI.

Impertinente o vício arguido, pois os embargos de declaração somente devem ser acolhidos em caso de reconhecida obscuridade, omissão ou contradição, nos termos do art. 1.022 do Código de Processo Civil, o que não ocorreu no presente caso.

Sobre a obscuridade alegada, o v. acórdão posicionou-se nos seguintes termos:

"é possível inferir-se que o apelado, de fato, poderia preponderar pela razoabilidade e proporcionalidade no cumprimento da lei, exigindo a apresentação de documento nos casos em que não houvesse dúvida sobre a idade dos consumidores, sob pena de constrangimento desnecessário. Contudo, não é o caso da presente demanda, pois os consumidores tinham idades tais que somente pela aparência não se poderia ter total certeza de sua maioridade."

Somente a fim de esclarecer o ponto controvertido pela embargante, ressalta-se que não é incomum que pessoas aparentem ser mais jovens do que realmente são, mesmo tratando-se de pessoa de 28 anos. A razoabilidade mencionada no acórdão combatido diz respeito, por exemplo, ao caso de pessoa idosa, caso em que não haveria dúvida sobre a maioridade.

Diante disso, não há que se falar em obscuridade no acórdão embargado. Ademais, da leitura das razões apresentadas depreende- se que a embargante, na verdade, objetiva a modificação do julgado, com a inversão do julgamento a seu favor, o que é incabível em sede de embargos de declaração.

Tendo em vista que os embargos de declaração não se prestam para o novo julgamento das razões recursais, mantém-se o v. acórdão embargado haja vista inexistir obscuridade a ser suprida, sendo, assim, descabidos os embargos de declaração.

Por fim, considero prequestionados todos os dispositivos constitucionais e legais ventilados, observando que é desnecessária a citação numérica de todas as fundamentações e artigos aventados, bastando que a questão posta tenha sido decidida.

Ocorrendo isto, **REJEITO OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**, nos termos supramencionados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1003368-16.2015.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é embargada MARIANA VIEIRA DE SOUSA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Embargos acolhidos parcialmente, de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.465)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSVALDO MAGALHÃES (Presidente sem voto), FERREIRA RODRIGUES e RICARDO FEITOSA.

São Paulo, 5 de dezembro de 2018.

ANA LIARTE, Relatora

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Omissão – Verificada – Correção monetária – Lei Federal nº 11.960/2009 – Observância à eventual modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 870.947/SE (tema nº 810) – Embargos parcialmente acolhidos.

VOTO

Trata-se de Embargos de Declaração opostos pela FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO contra o Acórdão que deu parcial provimento ao recurso de Apelação, reformando a sentença, a fim de julgar procedente o pedido da Autora, ora Embargada, condenando a Ré ao pagamento de décimo terceiro salário e férias acrescidas do terço constitucional, com a averbação do tempo de serviço e o recolhimento de contribuições previdenciárias, incidindo juros de mora nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.497/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, e correção monetária pelo IPCA-E sobre os valores devidos.

A Embargante alega que o julgado é omisso a respeito da ausência de trânsito em julgado do Recurso Extraordinário nº 870.947/SE, devendo-se aguardar eventual modulação dos efeitos da decisão. Requer a aplicação integral da Lei nº 11.960/2009 para o cálculo da correção monetária ou, subsidiariamente, que seja reconhecida sua inaplicabilidade somente a partir de 23.05.2015.

É o relatório.

Recebam-se os Embargos, porque tempestivos, acolhendo-os parcialmente.

O precedente do C. Supremo Tribunal Federal, firmado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 870.947/SE, determina que se aplique a Lei nº 11.960/09 para o cálculo dos juros moratórios nas condenações decorrentes de relação jurídica não tributária suportadas pela Fazenda Pública, declarando inconstitucional sua previsão para o cálculo da correção monetária nas

Acesso ao Sumário

condenações em processos de conhecimento, como restou decidido no v. Acórdão impugnado.

Com efeito, em sessão realizada em 24 de setembro de 2018, foi concedido efeito suspensivo aos Embargos de Declaração opostos no RE nº 870.947/SE até que seja analisado o pleito de modulação dos efeitos da orientação estabelecida.

No entanto, não se justifica a suspensão desta ação, nem há óbice para afastar a aplicação da Lei nº 11.960/2009 para o cálculo da correção monetária, uma vez que assim foi determinado nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.357 e 4.425, bem como no Recurso Especial nº 1.495.146/MG, julgado sob o rito dos recursos repetitivos (Tema nº 905/STJ), sendo que tais decisões estão a produzir seus efeitos de modo pleno.

Por outro lado, mostra-se necessária alteração do v. acórdão embargado exclusivamente para nele constar que eventual modulação de efeitos do Recurso Extraordinário nº 870.947/SE (Tema nº 810/STF) deve ser observada quando da execução do julgado, em cumprimento ao precedente do C. STF.

Ante o exposto, ACOLHAM-SE PARCIALMENTE os Embargos para que seja observada eventual modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 870.947/SE para o cálculo da correção monetária.

Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária nº 1000885-66.2017.8.26.0142, da Comarca de Colina, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrida ELAINE CANDIDO MARTINS.

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 33.281)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICENTE DE ABREU AMADEI (Presidente sem voto), LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ e RUBENS RIHL.

São Paulo, 5 de novembro de 2018.

DANILO PANIZZA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – Obrigação de fazer – Dependente químico – Medida protetiva – Internação involuntária de paciente portador de dependência química em clínica especializada – Direito à saúde (artigos 5º e 196, ambos da CF) – Dever do poder público de prestar assistência – Tratamento médico – Obrigação dos órgãos públicos de garantir atendimento salutar a que, deles necessitar. Cabimento.

Decisão mantida.

Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Elaine Candido Martins propôs ação de obrigação de fazer, cumulada com pedido de tutela antecipada, em face da Prefeitura Municipal de Colina, perante a Vara Única daquela Comarca, objetivando o fornecimento gratuito de tratamento por meio de internação compulsória contra dependência química ao paciente/filho Mohamad Candido Martins El Droubi, o qual é usuário e dependente químico, sustentando que este já furtou bens de valores da própria residência para trocá-los por drogas. Aduz ainda, que devido ao uso contínuo, o requerido tornou-se pessoa violenta e se recusa a submeter-se ao tratamento clínico, motivo pelo qual requer a internação compulsória e tratamento do mesmo, e que necessita do respectivo custeio pelo Poder Público. Pede a concessão de liminar e a procedência da ação.

A r. sentença de fls. 101/105, julgou **procedente** e ação para autorizar a internação compulsória de Mohamad Candido Martins El Droubi em estabelecimento médico-terapêutico adequado e pelo tempo necessário para o tratamento do requerido, a critério do médico responsável e condenar a Fazenda Municipal a disponibilizar vaga para o tratamento da paciente em estabelecimento médico-terapêutico adequado, público ou particular, arcando com o pagamento das despesas de internação no último caso. Em razão da sucumbência, condeno o Município requerido em custas e despesas processuais, bem como em honorários advocatícios, que fixo em 20% do valor corrigido da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

Apesar de devidamente intimados da r. sentença (fls. 122), as partes restaram inertes quanto a apresentação de **recurso de apelação** (certidão de fl. 124).

Os autos subiram a este Tribunal face à remessa obrigatória.

É o relatório.

Restou confirmado nos autos que *Mohamad Candido Martins El Droubi*

é dependente químico, necessitando ser submetido à internação compulsória para desintoxicação.

Com efeito, é responsabilidade do Poder Público dar atendimento ao autor, em face do cumprimento do que lhe incumbe o encargo decorrente do disposto no artigo 196, da CF que determina:

"A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Portanto, houve suficiente demonstração da necessidade de internação compulsória do filho da Autora, exigindo pronto atendimento, o que justifica o acolhimento de seu pedido, cabendo ao Poder Público dar o tratamento adequado e durante o período em que se fizer necessário, sob pena de ofensa ao maior princípio consagrado pela Carta Magna, qual seja, o direito à vida, art. 5º, *caput*, haja vista que a ausência de ministração do tratamento pode colocar em risco a vida da dependente ou agravar o seu quadro de saúde.

Assim, a determinação do Juízo para a internação da paciente é a solução mais adequada, sob pena de risco à sua saúde e até mesmo à sua vida.

Como bem salientou o ilustre Desembargador Franco Cocuzza, no julgamento da Apelação Cível nº 380.742.5/7, ocorrido em 11.8.2005:

"Negar o medicamento necessário ao tratamento do apelado é o mesmo que condená-lo a uma pena de morte que nem mesmo é aplicada aos criminosos em nosso país. Podendo, ainda, acarretar-lhe senão sua morte, o agravamento da doença.

Altamente elogiável e bem fundamentada a atitude do juiz de primeira instância que deferiu a liminar e posteriormente em sentença tornou-a definitiva, mencionando inclusive que ***'que não é possível admitir-se num Estado Democrático de Direito, como o nosso, o condicionamento do fornecimento de medicamentos e equipamentos ou a realização de exames às pessoas com doenças graves, ao cumprimento de etapa burocrática de inclusão na lista do Ministério da Saúde, e sua disponibilidade para distribuição somente após estarem padronizados****."*

A questão dos autos já foi objeto de apreciação pelo eminente Ministro CELSO DE MELLO que assim se manifestou:

'O direito à saúde além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera constitucional 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 omissão, em censurável comportamento inconstitucional. O direito

público subjetivo à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (federal, estadual ou municipal) – políticas sociais e econômicas que visem garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República.' *(RE 271.286/RS)."*

Por fim, a arguição sobre a necessidade de previsão orçamentária não elide o direito do paciente em obter a internação para seu tratamento, vez que a relevância do direito ora discutido, vida, sobrepõe-se às questões orçamentárias.

Como bem consignou o douto Desembargador Moreira de Carvalho:

"A previsão orçamentária é feita para as despesas ordinárias. A Administração Pública deve suportar determinados gastos não previstos especificamente, mas que constituem sua responsabilidade. É assim, por exemplo, com relação às calamidades públicas derivadas de força maior. Neste caso, a vida e a saúde humana devem ter especial proteção do ente público, até mesmo porque este é o interesse público primário, o bem social'." (Relator da Apelação Cível nº 379.995-5/8-00, da Comarca de Andradina, j. 8.8.2005).

Ante ao exposto, não merecendo maiores e desnecessárias delongas, conclui-se que agiu acertadamente a MMª. Juíza, motivo pelo qual mantenho na íntegra a sua r. decisão por seus próprios e jurídicos fundamentos, admitidos os prequestionamentos dos dispositivos legais e constitucionais passíveis de argumentação.

Com isto, **nega-se provimento** ao recurso oficial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária nº 1004424-27.2017.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrido ELIVAN CAMPOS DE ALBUQUERQUE.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 53.616)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente), JARBAS GOMES e OSCILD DE LIMA JÚNIOR.

São Paulo, 1º de novembro de 2018.

RICARDO DIP, Relator

Ementa: UBER. REGULAMENTAÇÃO PELO

PODER PÚBLICO. LEI FEDERAL N. 13.640/2018.

- As novas normas nacionais são impositivas para a esfera municipal e distrital, são normas consequentes ou emanantes da competência central da União, de sorte que não podem ladear-se da observância pelos municípios e o Distrito federal.

- Admissível, desse modo, que a Administração municipal legisle acerca das condições de exercício de serviços de interesse geral no Município o é o transporte mas não que emita normas proibitivas de um transporte que a lei nacional não veda, nem interdita seja exercitado para o uso público.

Acolhimento da remessa obrigatória.

VOTO

RELATÓRIO:

1. O M. Juízo de origem, confirmando a liminar (e-págs. 267-75) concedeu a segurança impetrada por Elivan Campos de Albuquerque contra o Secretário Municipal de Transporte de Campinas para determinar que a autoridade impetrada se abstenha de (i) praticar quaisquer atos que restrinjam ou impossibilitem a parte impetrante de exercer sua atividade profissional de transporte privado individual de passageiros, sendo parceiro do aplicativo Uber e (ii) aplicar as sanções previstas na Lei municipal n. 13.775/ 2010 (e-págs. 308-18).

A douta Promotoria pública da Comarca manifestou falta de interesse de agir no feito (e-pág. 307).

É o relatório do necessário, conclusos os autos recursais, por força de remessa obrigatória, aos 8 de outubro de 2018 (e-pág. 336).

VOTO:

3. O escopo da segurança é obstar a autoridade impetrada de praticar quaisquer atos que restrinja ou impossibilite o impetrante de, sendo parceiro do Uber, exercer livremente sua atividade profissional de transporte privado individual de passageiros, bem como de aplicar as sanções previstas na Lei municipal n. 13.775/2010.

4. Todavia, é de admitir caiba à administração pública editar regulativas do direito de transporte, e, de modo mais peculiar, ser da competência própria do município regulamentar o transporte público para atender às circunstâncias locais.

Com efeito, o planejamento ordenador da cidade não é o que advém de

Acesso ao Sumário

concepções abstratas que passem ao largo das realidades singulares, próprias das circunstâncias de cada lugar. Disto deriva o prestígio das normativas locais para observarem-se as realidades peculiares.

5. Isto não induz a permitir-se normativa **municipal** que se expeça com moléstia da garantia de livre atividade empresarial: concede-se que a Administração municipal legisle acerca das condições de exercício de serviços de interesse geral no Município – **assim** o é o transporte **público** – mas não que emita normas proibitivas de um transporte que a lei nacional não veda, nem interdita seja exercitado para o uso público.

6. Todavia, com ou sem regulamentação local, deve considerar-se – **no** âmbito das administrações **municipais** – o disposto na Lei nacional n. 13.640/2018 (de 26-3), que, por seu art. 3º, incluiu dois artigos (11-A e 11-B) na Lei n. 12.587 (de 3-1-2012) – **lei** esta que versa o transporte remunerado privado individual de passageiros. Lê-se nestes referidos dispositivos:

> "Art. 11-A. Compete exclusivamente aos Municípios e ao Distrito Federal regulamentar e fiscalizar o serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros previsto no inciso X do art. 4 º desta Lei no âmbito dos seus territórios.
>
> Parágrafo único. Na regulamentação e fiscalização do serviço de transporte privado individual de passageiros, os Municípios e o Distrito Federal deverão observar as seguintes diretrizes, tendo em vista a eficiência, a eficácia, a segurança e a efetividade na prestação do serviço:
>
> I - efetiva cobrança dos tributos municipais devidos pela prestação do serviço;
>
> II - exigência de contratação de seguro de Acidentes Pessoais a Passageiros (APP) e do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT);
>
> III - exigência de inscrição do motorista como contribuinte individual do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), nos termos da alínea h do inciso V do art. 11 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991."
>
> "Art. 11-B. O serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros previsto no inciso X do art. 4º desta Lei, nos Municípios que optarem pela sua regulamentação, somente será autorizado ao motorista que cumprir as seguintes condições:
>
> I - possuir Carteira Nacional de Habilitação na categoria B ou superior que contenha a informação de que exerce atividade remunerada;
>
> II - conduzir veículo que atenda aos requisitos de idade máxima e às características exigidas pela autoridade de trânsito e pelo poder público municipal e do Distrito Federal;

Acesso ao Sumário

III - emitir e manter o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo (CRLV);

IV - apresentar certidão negativa de antecedentes criminais.

Parágrafo único. A exploração dos serviços remunerados de transporte privado individual de passageiros sem o cumprimento dos requisitos previstos nesta Lei e na regulamentação do poder público municipal e do Distrito Federal caracterizará transporte ilegal de passageiros."

Ora, tal se vê, as novas normas nacionais são impositivas para a esfera municipal e distrital, são normas consequentes ou emanantes da **competência central** da União, de sorte que não podem ladear-se da observância pelos municípios e o Distrito federal.

Daí que não se possa manter uma plenária abstenção administrativa para o exercício de transporte perseguido pelos oras apelados.

MEU VOTO, pois, acolhe a remessa oficial para denegar a segurança impetrada nos autos de origem n. 1004424-27.2017 da 2ª Vara da Fazenda pública da Comarca de Campinas.

Invertem-se, pois, os ônus de sucumbência, observada, contudo, a norma do § 3º do art. 98 do Código processual vigente.

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária nº 1001113-21.2017.8.26.0666, da Comarca de Artur Nogueira, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrida ALBINA BORIN 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 reexame. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.533)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente) e LEME DE CAMPOS.

São Paulo, 23 de novembro de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

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.

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 da autora. Concessão mantida.

Mantem-se a r. sentença.

VOTO

1. Trata-se de **reexame** de sentença (fls. 71/75) concedendo a **segurança** (fls. 01/09) para fornecer medicamento a enferma hipossuficiente.

Não oferecido recurso voluntário (fl. 79).

É o relatório.

2. Mantem-se a r. sentença.

Apresenta-se a requerente como portadora de ***doença hepática que causou cirrose biliar provocada pela Esclerodermia (CID k.75)*** pleiteando o fornecimento medicamentos.

O **Egrégio Superior Tribunal de Justiça** afetou o REsp nº 1.657.156/RJ à sistemática de recurso repetitivo, e, em consequência, determinou a **suspensão**, em todo o território nacional, dos processos dispondo sobre a *"... obrigatoriedade de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos não incorporados em atos normativos do Sistema Único de Saúde"*.

Apreciada a questão pelo **Colendo Superior Tribunal de Justiça** no julgamento do referido **REsp nº 1.657.156/RJ (Tema nº 106)**, publicada no DJ-e de 04.05.18, com o seguinte teor a tese fixada:

"ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO. 1. Caso dos autos: A ora recorrida, conforme consta do receituário e do laudo médico (fls. 14-15, e- STJ), é portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de

Acesso ao Sumário

Saúde - SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos. 2. Alegações da recorrente: Destacou-se que a assistência farmacêutica estatal apenas pode ser prestada por intermédio da entrega de medicamentos prescritos em conformidade com os Protocolos Clínicos incorporados ao SUS ou, na hipótese de inexistência de protocolo, com o fornecimento de medicamentos constantes em listas editadas pelos entes públicos. Subsidiariamente, pede que seja reconhecida a possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por outros já padronizados e disponibilizados. 3. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas. ***4. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015 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.*** *5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015."* (REsp nº 1.657.156/RJ j. de 25.04.18 DJ-e de 04.05.18 Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES).

Modularam-se 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).

Inaplicável, portanto, solução lá firmada ao caso dos autos uma vez anteriormente distribuída essa demanda (11.05.17).

Prossegue-se, assim, na apreciação do reexame.

A r. sentença, julgando procedente ação para determinar o fornecimento de medicamento necessário a enferma 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 0.525.883-43.10 – Rel. Des. **OLIVEIRA SANTOS** – v.u. j. de 14.02.11; AC nº 1.005.319-41.2015.8.26.0604 – v.u. j. de 25.07.16 – Rel. **SIDNEY ROMANO DOS REIS**; AC nº 1.028.105-39.2014.8.26.0564 – v.u. j. de 19.09.16 – Rel. Des. **LEME DE CAMPOS**; RN nº 1.005.106-63.2016.8.26.0066 – v.u. j. de 06.10.16 – Rel. Des. **SILVIA MEIRELLES**; AC

Acesso ao Sumário

nº 1.001.556-50.2016.8.26.0037 – v.u. j. de 06.11.16 – Rel. Des. **RICARDO ANAFE**; AC nº 1.004.611-72.2015.8.26.0286 – v.u. j. de 07.11.16 – Rel. Des. **MARIA OLÍVIA ALVES**; AC nº 1.003.222-80.2015.8.26.0309 – v.u. j. de 16.11.16 – Rel. Des. **NOGUEIRA DIEFENTHALER**; AC nº 1.000.412-63.2016.8.26.0450 – v.u. j. de 21.11.16 – Rel. Des. **REINALDO MILUZZI**; AC nº 0.041.298-73.2012.8.26.0576 – d.m. de 29.05.13, AC n° 1.014.282-22.2014.8.26.0071 – d.m. de 20.01.15, AC n° 1.005.556-53.2016.8.26.0309, v.u. j. de 07.11.16 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 (art. 196 da CF/88; artos. 219, parágrafo único, IV; 222, V e 223, I, da CE/89; e artos. 6º, I, 'd' e 43, da Lei nº 8.080/90).

Presentes os requisitos necessários à confirmação do julgado.

Há **diagnóstico** (Doença hepática que causou cirrose biliar provocada pela Esclerodermia CID k.75 – fl. 18), **prescrição médica** ("Ácido Ursodesoxicólico" 900mg e "Ruvosas" 20mg – fls. 19/20) e indícios de que a paciente **não** tem condições financeiras de arcar com a despesa decorrente (fl. 11).

A **conveniência** do medicamento, no caso, é da responsabilidade da Dra. **LANDRA MACIEL PINHEIRO ZAROS** (CRM nº 95.963 – flS. 18/20), como decorre do Código de Ética Profissional (Resolução nº 1.931, de 17.09.09 do Conselho Federal de Medicina), e aqui se tem decidido (MC nº 653.686-5/9 – v.u. j. de 20.08.07 – Rel. Des. **OLIVEIRA SANTOS**; AC nº 1.000.469-75.2016.8.26.0549 – v.u. j. de 11.11.16 – Rel. Des. **REBOUÇAS DE CARVALHO**; AC nº 1.007.875-11.2016.8.26.0562 – v.u. j. de 11.11.16 – Rel. Des. **LUCIANA BRESCIANI**; AC nº 1.013.317-30.2015.8.26.0032 – v.u. j. de 16.11.16 – Rel. Des. **FERMINO MAGNANI FILHO**; AC nº 1.020.036-62.2015.8.26.0053 – v.u. j. de 17.11.16 – Rel. Des. **HELOÍSA MARTINS MIMESSI**; AC n° 1.000.561-85.2015.8.26.0582 – v.u. j. de 25.07.16, AC n° 1.005.556-53.2016.8.26.0309 – v.u. j. de 07.11.16 e AC n° 1.018.596-77.2016.8.26.0576 – v.u. j. de 07.11.16 de que fui Relator).

Acesso ao Sumário

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 de função constitucionalmente assegurada. Descabido escusar-se o Estado de atender necessidade sob alegação de prejuízo a indiscriminadas pessoas.

De outra parte, **não** vinga argumentação de afronta a preceito constitucional (art. 196) ou ao **princípio da reserva do possível**. Confiram-se, a propósito, reiterados despachos da **Egrégia Presidência do Supremo Tribunal Federal**, quando negadas suspensões de tutela antecipada em casos semelhantes (STA nº 198/MG – j. de 22.12.08; STA nº 277/AL – j. de 01.12.08; STA nº 245/RS – j. de 22.10.08, STA nº 238/TO – j. de 21.10.08 e SL nº 47/PE – j. de 17.03.10 e STA 175/CE – j. de 17.03.10 Min. **GILMAR MENDES**), a cujos argumentos me reporto, como razão de decidir, para evitar enfadonha repetição.

Nem se aleguem entraves **orçamentários** (AC nº 334.954-5/2 – Rel. Des. **REBELLO PINHO –** v. u. j. de 20.10.03; AC nº 452.964-5/9 – v.u. j. de 23.10.06; AC nº 421.831.5/0 – v.u. j. de 23.10.06; AC nº 909.165.5/8 – v.u. j. de 29.06.09; AC nº 931.183.5/6 – v.u. j. de 03.08.09, AC nº 949.890.5/9 – v.u. j. de 14.09.09 e AC nº 0.061.542-28.2009.8.260576 – d.m. j. de 17.01.11 e AC n° 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).

Desnecessárias maiores considerações.

Custas na forma da Lei. Sem honorários (**art. 25, da Lei nº 12.016, de 07.08.09, Súmula nº 502 do STF e Súmula nº 105 do STJ**).

Mantida a decisão quanto ao fornecimento do medicamento.

3. Nego provimento ao reexame.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária nº 1043416-17.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrida JAQUELINE MALATESTA DVOORANEN.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao reexame necessário. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.405)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores J. M. RIBEIRO DE PAULA (Presidente) e EDSON FERREIRA.

São Paulo, 6 de novembro de 2018.

Acesso ao Sumário

OSVALDO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO. PENSÃO POR MORTE. Reversão de cota-parte de pensão por morte instituída por servidora pública falecida em 2003. Netos que dividiam o benefício em cotas partes iguais. Direito de acrescer cota-parte do irmão, excluído em razão da idade. Possibilidade. Lei vigente à época do óbito do instituidor da pensão (Súmula 340/STJ). Omissão legislativa que não implica proibição à reversão do benefício. Caráter uno da pensão por morte. Cessando o direito do outro beneficiário, o benefício reverte ao beneficiário remanescente. Precedentes desta Corte. Sentença de procedência mantida. Reexame necessário não provido.

VOTO

Trata-se de ação ajuizada por **Jaqueline Malatesta Dvooranen** em face da **São Paulo Previdência – SPPREV**, objetivando a reversão da cota parte de pensão que era recebida por seu irmão, extinta em razão da idade, bem como receber as diferenças pretéritas, acrescidas de juros e correção monetária.

A r. sentença julgou procedente a ação, para determinar seja revertida à autora a cota parte relativa ao irmão pensionista excluído (Giovane Malatesta), integralizando a pensão em 100%, com o pagamento das diferenças em atraso, desde a exclusão definitiva do pensionista Giovane até a efetiva reversão da cota parte, observada a prescrição quinquenal, acrescidas de correção monetária desde a data em que deveriam ser pagas e juros de mora a partir da citação, com aplicação da Lei 11.960/09 (RE nº 870.947/SE-RG - Tema nº 810 do STF). Pela sucumbência, condenou a requerida ao pagamento de custas e honorários advocatícios, fixados no mínimo legal, observada as faixas de valores (10% na primeira faixa), sobre o valor da condenação, a ser apurado por ocasião da execução. Por fim, determinou a remessa dos autos para reexame necessário (fls. 102/106).

Não foram opostos recursos voluntários (fls. 109).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça não se manifestou, alegando falta de interesse (fls. 114).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

O reexame não comporta provimento.

Acesso ao Sumário

Consta dos autos que a autora é pensionista da São Paulo Previdência em razão do falecimento de sua avó, Claudete Aparecida Martins, em 01.01.2003, que assim a instituiu por declaração de vontade, nos termos do artigo 153 da Lei 180/78. Após a morte da servidora pública, os três netos (Jaqueline, Geovane e Luara) passaram a receber a pensão por morte a que tinham direito, na proporção de 33,33% para cada.

Em março de 2014, a beneficiária Luara Tort foi excluída do rol de beneficiários, pois concluiu a universidade e completou a idade limite, sendo sua cota parte revertida aos beneficiários remanescentes mediante ação judicial (Processo nº 0015697-48.2013.8.26.0053, que tramitou perante a 4ª Vara da Fazenda Pública da Capital).

Posteriormente, em janeiro de 2015, com a exclusão do beneficiário Giovane Malatesta Dvooranen por ter completado a idade limite para percepção, a SPPREV reteve a sua cota parte, mantendo o pagamento de apenas 50% para a beneficiária remanescente.

Inconformada, a autora ingressou com a presente demanda, objetivando o reconhecimento do direito à reversão, em seu favor, da cota parte de pensão que era percebida por seu irmão, Geovane.

E razão lhe assiste.

Como é cediço, a lei aplicável ao regramento da pensão é aquela vigente à época do óbito do instituidor, em respeito à regra segundo a qual *tempus regit actum.*

Nesse sentido o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça consagrado na Súmula nº 340: "*A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado*."

No âmbito do Estado de São Paulo, a Lei Complementar Estadual nº 180/78, vigente à época do óbito da instituidora do benefício (01.01.2003), assim estabelecia sobre a matéria relativa ao direito de reversão:

> *"Art. 148 - Por morte do contribuinte, adquirem direito à pensão mensal, na razão da metade, o cônjuge sobrevivente, e, pela outra metade, em partes iguais, os filhos, observado o disposto no artigo anterior.*
>
> *(...)*
>
> *§ 2° - Cessando o direito à pensão dos filhos do contribuinte, na forma dos §§ 2° e 3° do artigo anterior, o respectivo benefício reverterá ao cônjuge sobrevivente, ressalvada a hipótese do artigo 149, e à companheira beneficiária de acordo com os artigos 147 e 152." (redação dada pela LCE 507/87)*
>
> *"Art. 154 - Sobrevindo o falecimento de qualquer dos beneficiários, observar-se-á o seguinte:*
>
> *I - se o falecido for o cônjuge ou a companheira, sua pensão acrescerá, em partes iguais, a dos filhos legítimos, legitimados, naturais e reconhecidos,*

Acesso ao Sumário

enteados ou adotivos do contribuinte;

II - se o falecido for filho legítimo, legitimado, natural e reconhecido, enteado ou adotivo do contribuinte, a respectiva pensão reverterá ao cônjuge supérstite. (...)

Verifica-se, portanto, que a lei de regência admitia a reversão do benefício entre filhos e cônjuge no caso de falecimento (art. 154 da LCE nº 180/78), mas é omissa em relação ao direito de acrescer entre irmãos, como ocorre no caso específico dos autos.

Todavia, a Constituição Federal consagra o princípio da unidade da pensão, *verbi gratia*, ao determinar que corresponda a um determinado valor (artigo 40, § 7º) e que nenhum benefício terá valor inferior ao salário mínimo (artigo 201, § 2º).

A unicidade do benefício também decorre do fato de que o valor inicial não sofre variação em virtude do número de contemplados. Em outras palavras, havendo dois beneficiários, cada um receberá metade da pensão; havendo três, cada um receberá um terço; havendo um único beneficiário, receberá o valor integral.

Pela via transversa, as regras que albergam o direito de acrescer demonstram que o valor do benefício também permanece o mesmo ainda que haja redução no número de beneficiários.

Enquanto a autora recebia a pensão concomitantemente com seu irmão, havia a divisão do valor entre os dois. Com a cessação do benefício de um dos pensionistas, não é razoável o pagamento de apenas metade da pensão à atual beneficiária.

Ora, não se justifica que um único beneficiário inicial receba sozinho a totalidade do benefício até a sua extinção e, por outro lado, aquele que se torna único beneficiário posteriormente, pela perda do direito dos demais, permaneça apenas com a sua fração originária até a extinção do benefício.

Muito embora uma interpretação literal da legislação aplicável à espécie possa conduzir à impressão de que a reversão é indevida *in casu*, porquanto não expressamente prevista em relação a irmãos, consolidou-se nesta Corte de Justiça o entendimento de que se deve buscar, primordialmente, para fins de verificação da aplicabilidade ou não do direito de acrescer, a *ratio* axiológica da norma. Para tanto, consideram-se o escopo social das regras previdenciárias, o caráter alimentar do benefício e, principalmente, a natureza unitária da pensão perante o órgão pagador.

Convém salientar, aliás, que o direito de reverter a integralidade da pensão representa meio de preservação da contraprestação devida em virtude do recolhimento realizado pelo servidor falecido, o que se afigura jurídico e justo.

Ainda é oportuno acrescentar que, em sede difusa, o C. Órgão Especial

Acesso ao Sumário

do E. Tribunal de Justiça de São Paulo já reconheceu a inconstitucionalidade do § 5º do artigo 148 da Lei Complementar Estadual nº 180/78, com a redação dada pela Lei Complementar Estadual nº 1.012/07 (posterior à data do óbito da instituidora da pensão no caso vertente), conforme ementa a seguir transcrita:

"Arguição de inconstitucionalidade. Parágrafo 5º do artigo 148 da Lei Complementar nº 180/1978, com redação dada pela Lei Complementar nº 1.012/2007, ambas do Estado de São Paulo. Pensão por morte. Dispositivo que disciplina reversão de quota-parte do benefício, restringindo este direito às hipóteses de filho para cônjuge ou companheiro e vice-versa. Unicidade do benefício previdenciário, prevista no parágrafo 7º, do artigo 40, da Constituição da República, que fundamenta o direito de reversão entre outros co-beneficiários (irmãos, por exemplo). Norma impugnada que ofende, ademais, o princípio da igualdade, por estabelecer tratamento diverso em situações jurídicas similares. Incidente conhecido e acolhido."
(Arguição de Inconstitucionalidade nº 0019071-66.2015.8.26.0000 – Relator: Francisco Casconi - j. 26.08.2015).

Dessa forma, revela-se de todo legítima a pretensão da autora de receber a pensão integral, em face da cessação de seu percebimento pelo outro beneficiário.

Nesse sentido o entendimento desta 12ª Câmara de Direito Público:

"PENSÃO POR MORTE - Direito de acrescer - Beneficiários que perdem essa condição. Reversão em favor dos demais. Direito de acrescer que decorre da unicidade do benefício, inclusive sob o enfoque constitucional, e do princípio da isonomia, ainda que a lei não o contemple. Demanda procedente Recurso não provido."

(AC nº 9123035-97.2007.8.26.0000 - Relator: Edson Ferreira - j. 24.02.2010).

No mesmo diapasão a jurisprudência desta Corte de Justiça:

"RECURSO DE APELAÇÃO - Pensão por morte - Reversão de cota-parte entre irmãos - Unicidade do benefício que impõe que a cota-parte do beneficiário, que perder tal condição seja revertida em favor dos demais, ainda que não haja previsão legal neste sentido - Pleito de reinserção de filha universitária - Impossibilidade - Incidência da Súmula 340 do Superior Tribunal de Justiça - Alteração legislativa que excluiu a possibilidade de percepção depois de atingida idade de vinte e um anos - Segurada falecida em 06.12.1998, após a entrada em vigor da Lei Federal nº 9.717/98, que revogou tacitamente dispositivo da Lei Complementar Estadual 180/78 no qual está calcada a pretensão da autora - Autora nascida em 09.10.1995, atingindo idade limite para percepção do benefício em 09.10.2016 - Juros e correção monetária - Julgamento do Recurso Extraordinário nº 870.947 - Sentença parcialmente reformada - Recurso parcialmente provido."

(AC nº 1002535-18.2017.8.26.0541 - Relator: Marcos Pimentel Tamassia - 1ª Câmara de Direito Público - j. 20.03.2018);

Acesso ao Sumário

"APELAÇÃO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CC. COBRANÇA PENSIONISTA DE EX-SERVIDOR ESTADUAL - REVERSÃO DE COTA-PARTE - Pretensão inicial voltada ao reconhecimento do direito à reversão da cota-parte do benefício atinente a seu falecido esposo, de modo que a pensão seja paga integralmente (100%) em favor da postulante, condenando-se a requerida ao pagamento das diferenças inadimplidas - Cabimento - O direito de reversão da pensão por morte é regido pela legislação vigente à época do óbito do servidor-segurado (tempus regit actum) - Pretendida reversão da cota-parte que encontra guarida na ratio decidendi adotada quando do julgamento da arguição de inconstitucionalidade nº 0019071-66.2015.8.26.0000, pelo C. órgão Especial, que, ao declarar a inconstitucionalidade do art. 148, §5º, da LCE nº 180/78, com redação dada pela LCE nº 1.012/2007, reconheceu a possibilidade do direito à reversão da pensão entre todos os beneficiários remanescentes, ainda que não discriminados expressamente na norma de regência - Sentença de procedência mantida, com observação - Recursos, oficial e voluntário da autarquia estadual, desprovidos."

(AC nº 1039784-12.2017.8.26.0053 - Relator: Paulo Barcellos Gatti - 4ª Câmara de Direito Público - j. 08.10.2018).

Por fim, impende consignar que o fato de o irmão da autora ter perdido o direito ao benefício em razão da idade quando já estava em vigor a Lei Complementar Estadual nº 1.012/07, que agora impede a reversão de pensão por morte entre parentes de segundo grau, em nada altera o entendimento ora esposado, visto que, repita-se, o direito à reversão de pensão é regido pela lei vigente à época do óbito do instituidor.

Nesse sentido já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. DEVIDO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES RECURSAIS. NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO. REVERSÃO DE COTA PARTE. ART. 103 DA LEI N. 8.213/91. DECADÊNCIA. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 284/STF. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO INEXISTENTE. PENSÃO POR MORTE. TEMPUS REGIT ACTUM. REVERSÃO DE COTA. PREVISÃO LEGAL. POSSIBILIDADE. (...) 7. Consoante precedentes do STJ, a lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é a vigente na data do óbito do segurado (tempus regit actum). Do mesmo modo, a reversão da cota-parte requer previsão legal na legislação vigente também à época do falecimento do instituidor, e não da pensionista excluída. (...)"

(REsp 1.420.003/RS - Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, 2ª Turma - j. 04.09.2014).

Nesse contexto, de rigor a manutenção da r. Sentença, que julgou procedente a demanda, pois em consonância com os fundamentos ora esposados.

À vista do exposto, nega-se provimento ao reexame necessário.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Execução Penal nº 9002418-69.2018.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MARCELO BENTO RAMOS, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.307)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente) e LEME GARCIA.

São Paulo, 13 de novembro de 2018.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Relator

Ementa: Agravo em execução. Insurgência contra decisão que julgou prejudicado o pedido de comutação. Penas já cumpridas. Impossibilidade da comutação alcançar penas já integralmente cumpridas, com o objetivo de utilizar o saldo em condenações posteriores. Inviabilidade de criar-se um "banco de benefícios". Indulto que se refere exclusivamente às condenações abrangidas pelo decreto presidencial, sem efeitos em outras condenações. Agravo improvido.

VOTO

Trata-se de agravo em execução interposto por MARCELO BENTO RAMOS contra a decisão de fls. 20/24 proferida em 13/06/2018 pelo MM. Juiz de Direito, Dr. Ricardo Augusto Ramos, da 1ª Vara das Execuções Criminais da Capital, que julgou prejudicado o pedido de comutação referente aos Decretos nº 7.873/12, 8.172/13 e 8.380/14, posto estarem cumpridas as penas relativas às execuções nº 1, 2 e 3.

Sustenta o agravante que o fato de estarem as penas cumpridas não é

Acesso ao Sumário

impeditivo para o reconhecimento da comutação em relação às execuções nº 1, 2 e 3 (fls. 28/32).

O recurso foi respondido (fls. 33/36), a decisão foi mantida por seus próprios fundamentos (fl. 37) e a d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso (fls. 56/60).

Sem razão o agravante.

Conforme se extrai dos autos, o agravante possui cinco condenações em seu desfavor, consistentes nas Guias de Recolhimento nº 1, 2, 3, 4 e 5.

Entretanto, as penas relativas às GRs 1, 2 e 3 foram integralmente cumpridas em 17/12/2016, ou seja, em data anterior ao pedido formulado pelo reeducando.

Pretende o agravante obter a comutação para utilizar o saldo de pena nas GRs 4 e 5, ainda em andamento.

Ao contrário do quanto sustenta o agravante, não se mostra viável a incidência da comutação sobre penas já integralmente cumpridas.

Isto porque o objetivo da comutação é abreviar o cumprimento de pena relativa aos *fatos abarcados pelo próprio decreto*. Não se trata de benefício genérico, concedido ao condenado para que o utilize em qualquer condenação, a benesse é relativa, exclusivamente, à condenação abrangida pelo ato presidencial. Não se admite, portanto, a criação de um "banco de benefícios" a ser utilizado pelo reeducando em futuras condenações.

Portanto, a comutação deve alcançar o cumprimento de penas ainda em curso.

Sobre o assunto decidiu recentemente o Superior Tribunal de Justiça:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. INDULTO DE PENAS. DECRETO N. 8.380/2014. INCIDÊNCIA SOBRE PENA JÁ EXTINTA. PLEITO FORMULADO QUANDO A REPRIMENDA JÁ HAVIA SIDO CUMPRIDA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração.

Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

II - Não é possível se decidir acerca da incidência de indulto ou de comutação sobre reprimenda já extinta, quando os benefícios não foram nem mesmo pleiteados no curso do desconto da reprimenda.

Acesso ao Sumário

III - "O indulto é um beneficio concedido durante a execução que visa abreviar as penas em cumprimento pelo sentenciado quando da edição do decreto" (HC 374.192/SP, Sexta Turma, Rela. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 29/11/2016).

IV - Na hipótese, a defesa formulou pedido de comutação, com apoio no Decreto n. 8.380/2014, sob o fundamento de que o paciente já havia cumprido 1/3 (um terço) da pena, considerando para este fim inclusive a sanção cumprida na primeira execução em 17/4/2007, a qual, consoante precedentes desta Corte de Justiça, não poderá ser considerada. Dessa forma, havendo o pedido do benefício sido formulado quando a pena já estava extinta, não há ilegalidade no seu indeferimento.

Habeas corpus não conhecido.

(STJ, HC 414.534/SP, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, j. em 28/11/2017) (grifamos)

Desta feita, correta a decisão do magistrado a quo ao julgar prejudicado o pedido.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao presente agravo, mantendo-se, na íntegra, a r. decisão atacada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Execução Penal nº 9002376-20.2018.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FERNANDO GONÇALVES DOS SANTOS, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO ao agravo interposto por Fernando Gonçalves dos Santos, para determinar seja analisado seu pedido de indulto, nos termos da medida cautelar na ADI 5.874, de lavra do Ministro Luís Roberto Barroso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.822)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME G. STRENGER (Presidente sem voto), MARIA TEREZA DO AMARAL e XAVIER DE SOUZA.

São Paulo, 14 de novembro de 2018.

SALLES ABREU, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo em execução penal – Indulto – Pedido não analisado em Primeiro Grau – Suspensão de alguns dispositivos do Decreto Presidencial 9.246/17, em medida cautelar na ADI 5.874 – Impossibilidade de concessão do benefício em sede de agravo, sob pena de supressão de instância – Acolhimento do pedido subsidiário para determinar a apreciação do pleito pelo Magistrado *a quo* – Pedido elaborado pela defesa, com fulcro em artigo não suspenso pelo STF – Decisão do Min. Relator da ADI, determinando aplicabilidade imediata do decreto de indulto às demais situações – Agravo provido.

VOTO

Trata-se de agravo em execução penal interposto por **Fernando Gonçalves dos Santos** contra a r. decisão de fl. 75/75-verso, que determinou que se aguarde o julgamento da ADI 5.874 pelo Supremo Tribunal Federal para então analisar o pedido de indulto elaborado em favor do recorrente. Inconformada, recorre a defesa pleiteando a concessão de indulto ao reeducando ou, subsidiariamente, que seja determinado ao Juízo de Primeiro Grau que aprecie o pedido (fls. 77/98).

O feito foi regularmente processado, com contrariedade oferecida pelo Ministério Público, que refuta os argumentos trazidos nas razões do inconformismo e requer o improvimento do recurso interposto (fls. 122/125).

Em sede de juízo de retratação, o i. magistrado manteve a decisão proferida, submetendo o conhecimento do presente recurso a este Egrégio Tribunal (fl. 126).

Em seguida, a d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 143/145).

É o relatório.

O pedido principal elaborado pela defesa do sentenciado é de ser indeferido, pois, uma vez não analisado em Primeiro Grau, impossível sua apreciação em sede de recurso, sob pena de supressão de instância.

Contudo, o pedido subsidiário comporta acolhimento.

Fernando foi condenado ao cumprimento da pena total de 28 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 13 dias-multa, no piso. Busca, em sede de execução, a concessão do benefício de indulto, com fulcro no artigo 7º, do Decreto Presidencial nº 9.246/2017, que prevê:

Art. 7º A comutação da pena privativa de liberdade remanescente, aferida

em 25 de dezembro de 2017, será concedida, nas seguintes proporções:

I - à pessoa condenada a pena privativa de liberdade:

a) em um terço, se não reincidente, e que, até 25 de dezembro de 2017, tenha cumprido um quarto da pena; e

b) em um quarto, se reincidente, e que, até 25 de dezembro de 2017, tenha cumprido um terço da pena;

II - em dois terços, se não reincidente, quando se tratar de mulher condenada por crime cometido sem grave ameaça ou violência a pessoa, que tenha filho ou neto menor de quatorze anos de idade ou de qualquer idade se considerado pessoa com deficiência ou portador de doença crônica grave e que necessite de seus cuidados, e que, até 25 de dezembro de 2017, tenha cumprido um quinto da pena; e

III - à metade, se reincidente, quando se tratar de mulher condenada por crime cometido sem grave ameaça ou violência a pessoa, que tenha filho ou neto menor de quatorze anos de idade ou de qualquer idade se considerado pessoa com deficiência ou portador de doença crônica grave e que necessite de seus cuidados, e que, até 25 de dezembro de 2017, tenha cumprido um quinto da pena.

Parágrafo único. A comutação a que se refere o caput será concedida às pessoas condenadas à pena privativa de liberdade que não tenham, até 25 de dezembro de 2017, obtido as comutações decorrentes de Decretos anteriores, independentemente de pedido anterior.

O pedido não foi analisado pelo d. Magistrado a quo, em razão da ADI nº 5.874, que suspendeu alguns dispositivos do decreto presidencial em questão, tendo o Ministro Relator Luís Roberto Barroso afirmado, ainda, que levaria à discussão outros dispositivos para julgamento pela E. Corte Suprema.

Ocorre que o Ministro Relator, no dia 12/03/2018, proferiu decisão ratificando medida cautelar anteriormente concedida para, dentre outras determinações:

> *(i) suspender do âmbito de incidência do Decreto nº 9.246/2017 os crimes de peculato, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, tráfico de influência, os praticados contra o sistema financeiro nacional, os previstos na Lei de Licitações, os crimes de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, os previstos na Lei de Organizações Criminosas e a associação criminosa;*
>
> *(ii) estabelecer que, nas hipóteses previstas no inciso I do art. 1º do Decreto nº 9.246/2017, o indulto depende do cumprimento mínimo de 1/3 da pena e só se aplica aos casos em que a condenação não for superior a oito anos;*

Acesso ao Sumário

(...) 8. Aplicabilidade imediata do decreto de indulto às demais situações, observados os parâmetros aqui estabelecidos, notadamente o cumprimento de 1/3 (um terço) da condenação, desde que a pena máxima não tenha excedido 8 (oito) anos, nos casos previstos no art. 1º, I, do Decreto nº 9.246/2017.

E suspendeu, em razão de sua inconstitucionalidade, o artigo 8º, incisos I e III, o artigo 10, e o artigo 11, inciso II, do Decreto em tela.

Os dispositivos suspensos, porém, não são aplicáveis ao agravante e, no mais, determinou o Min. Relator que o decreto fosse imediatamente aplicado às demais situações.

Neste sentido, já decidiu este E. Tribunal de Justiça Bandeirante no *Habeas Corpus* nº 2029356-79.2018.8.26.0000, de Relatoria do Des. Francisco Orlando, e no *Habeas Corpus* nº 2029054-50.2018.8.26.0000, de Relatoria do Des. Mário Devienne Ferraz.

Isto posto, pelo meu voto, **dá-se provimento** ao agravo interposto por **Fernando Gonçalves dos Santos**, para determinar seja analisado seu pedido de indulto, nos termos da medida cautelar na ADI 5.874, de lavra do Ministro Luís Roberto Barroso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Execução Penal nº 9000456-33.2018.8.26.0269, da Comarca de Itapetininga, em que é agravante ALEXANDRE FORTUNATO HENRIQUE, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1.031)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente) e MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 1º de novembro de 2018.

ROBERTO PORTO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – Livramento condicional – Prática de novo delito no curso do benefício – Período de prova não prorrogado – Irrelevância – Prorrogação automática na hipótese

– Inteligência do art. 89, do Código Penal – Benefício revogado – Agravo não provido.

VOTO

Trata-se de agravo em execução interposto por **Alexandre Fortunato Henrique** contra a r. decisão copiada a fl. 54, em que o Juiz de Direito que revogou livramento condicional anteriormente concedido, em razão da prática de novo delito durante o curso do benefício e determinou a elaboração de novo cálculo das penas com desconto do tempo em que ficou em liberdade condicional como tempo de interrupção de pena. Inconformado, busca o agravante a reforma do *decisum*, sustentando que em 12 de agosto de 2015 teria ocorrido o término do cumprimento da pena sem que o livramento condicional tivesse sido suspenso ou revogado, não havendo que se falar em prorrogação automática do benefício. Assim, sua pena estaria extinta em razão do regular cumprimento. Requer, assim, a declaração de extinção da punibilidade. Oferecida contraminuta (fls. 66/70) e mantida a r. decisão agravada por seus próprios fundamentos (fl. 71), foram os autos remetidos a este Tribunal. A douta Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 74/77).

É o relatório.

O agravante foi beneficiado com o livramento condicional em 17 de agosto de 2012, cujo término da pena estava previsto para 12 de agosto de 2015 (fl. 22).

No entanto, em 9 de agosto de 2013, cometeu novo delito (fl. 64).

O art. 89, do Código Penal estabelece que, "*O juiz não poderá declarar extinta a pena, enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responde o liberado, por crime cometido na vigência do livramento*".

Assim sendo, não merece acolhimento a alegação do agravante no sentido de que a falta de suspensão ou revogação do período de prova do livramento condicional implicaria no reconhecimento da extinção da pena.

Ora, a prorrogação do período de prova do livramento condicional é automática na hipótese.

Assim é o entendimento desta Colenda Câmara:

"AGRAVO EM EXECUÇÃO – Livramento Condicional revogado cautelarmente –Recurso defensivo – Reforma da decisão – Improcedência – A prática de fato definido como crime doloso durante o período de prova enseja a revogação ou suspensão cautelar do benefício – Prorrogação automática do período de prova, independentemente de declaração expressa de sustação antes de seu término – Inteligência do art. 89 do CP – Precedentes desta Colenda Câmara Criminal – Impossibilidade de acolhimento do pleito de extinção da punibilidade – Decisão mantida – Agravo improvido" (Agravo de Execução

Acesso ao Sumário

Penal nº 9000525-43.2018.8.26.0050, Rel. Sérgio Ribas, DJ de 14.06.18).

"Agravo em Execução. Sentenciado que praticou infração penal durante o gozo de livramento condicional – alegação de que a pena referente à sua primeira execução deve ser declarada extinta, uma vez que o MM. Juízo a quo teria suspendido o referido benefício somente após o término do período de prova (05/02/2015) – impossibilidade – cometimento de novo delito durante o período de prova que implica na suspensão do livramento condicional, por força do art. 145, do Código de Processo Penal – art. 89, do Código Penal, que impede a declaração de extinção da punibilidade da pena, enquanto não transitada em julgado r. sentença condenatória referente ao crime cometido na vigência do livramento condicional. Recurso desprovido"

(Agravo de Execução Penal nº 9002404-56.2016.8.26.0050, Relª. Ely Amioka, DJ de 23.03.17).

Nada há, portanto, a ser alterado.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Execução Penal nº 9000295-22.2018.8.26.0625, da Comarca de Taubaté, em que é agravante DIEGO HENRIQUE MACHADO, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.724)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente sem voto), NEWTON NEVES e OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO.

São Paulo, 22 de novembro de 2018.

LEME GARCIA, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO. Recurso defensivo. Falta grave. Pleito de absolvição por insuficiência probatória quanto à autoria. Apreensão de drogas recebidas pelo correio. Agravante que negou ter solicitado o envio dos entorpecentes. Conduta praticada por terceiros. Ausência de provas

Acesso ao Sumário

suficientes para comprovação da autoria da infração disciplinar. Absolvição que se impõe. Agravo provido.

VOTO

Trata-se de agravo em execução penal interposto por DIEGO HENRIQUE MACHADO contra a r. decisão prolatada pela MM. Juíza de Direito Rita de Cássia Spasini de Souza Lemos, da 1ª Vara das Execuções Criminais da Comarca de Taubaté, que, nos autos da execução penal n. 942.846, reconheceu a falta disciplinar de natureza grave que lhe foi imputada, consistente na violação ao artigo 52, da Lei n. 7.210/1984 (fls. 44/45).

Em razões de recurso, a Defesa requer a absolvição do agravante por insuficiência de provas (fls. 50/55).

Regularmente processado, o recurso foi respondido em contraminuta pelo Ministério Público (fls. 58/60), que requereu o seu não provimento.

Mantida a decisão pela MMª. Juíza de primeiro grau (fls. 61), os autos foram encaminhados à douta Procuradoria de Justiça, que, em parecer da lavra do Dr. João Diogo Urias dos Santos, opinou pelo não provimento do recurso (fls. 72/76).

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Depreende-se dos autos que a falta grave foi atribuída ao agravante porque, no dia 13 de abril de 2018, os agentes de segurança Felipe Naregi Simões e Umberto Martins Pires, ao realizarem a inspeção de uma caixa a ele enviada por correio, apreenderam 51 porções de maconha, com peso de 25g, escondidas em maços de cigarro.

A materialidade da infração disciplinar foi comprovada pela comunicação de evento (fls. 08), pela portaria de instauração da sindicância (fls. 09), bem como pelo exame químico- toxicológico realizado nos entorpecentes apreendidos (fls. 36/37).

Contudo, a autoria da falta grave não restou comprovada de forma estreme de dúvidas.

O agravante foi ouvido e negou os fatos a ele imputados, afirmando que outro detento solicitou ao interrogado que recebesse um sedex para ele, já que ele não poderia receber visitas, o que foi aceito. Aduziu que não tinha ciência da existência dos entorpecentes no interior da caixa que lhe fora enviada (fls. 16).

Os agentes de segurança Felipe Naregi Simões e Umberto Martins Pires limitaram-se a narrar que, em inspeção a uma encomenda enviada em nome do agravante, encontraram as sobreditas porções de maconha (fls. 14 e 15).

A negativa de autoria por parte do agravante tornou controversos os fatos

Acesso ao Sumário

narrados na portaria da sindicância, de tal modo que, para o reconhecimento da falta grave, seria necessária a comprovação inequívoca de seu envolvimento na tentativa de introduzir entorpecentes na unidade prisional, e isso acabou não ocorrendo.

Com efeito, constou da comunicação de evento que a caixa com os entorpecentes foi enviada em nome de Edivania Francisca de Paula, genitora do recorrente (fls. 05). Todavia, Edivania sequer foi ouvida nos autos do procedimento administrativo disciplinar para esclarecer se foi de fato a remetente dos entorpecentes, o que reforça a existência de dúvidas sobre a autoria da infração disciplinar.

É certo que o fato de ela ser genitora do agravante acabou gerando fundada suspeita quanto ao envolvimento deste na tentativa de ingresso de entorpecentes na unidade prisional, mas não há qualquer outro elemento concreto nos autos que indique o seu envolvimento nos fatos.

Assim, cabe reconhecer que há dúvida razoável quanto ao efetivo envolvimento do agravante nos fatos que lhe foram imputados. A decisão administrativa que aplicou a falta grave se baseou em acervo probatório excessivamente frágil, sendo a sua cassação medida que se impõe.

Anoto a respeito o quanto já decidido por esta Colenda Câmara em casos análogos:

> Execução penal. Falta grave. Sentenciado a quem foram remetidas, via sedex, uma placa de telefone celular e uma bateria. Apreensão pelos agentes durante a revista da embalagem. Decisão que tipificou a conduta como incursa no art. 50, I, da LEP (subversão à ordem e à disciplina). Insustentabilidade. Imputação decorrente exclusivamente do fato de ter o agravante assinado "termo de responsabilidade" pelo conteúdo do pacote. Ausência de qualquer indício a apontar que teria solicitado o envio dos objetos ou mesmo concordado com sua remessa. Impossibilidade de responsabilização do preso por fato de terceiro. Precedentes. Agravo provido para afastar a anotação de falta disciplinar de natureza grave.
>
> (TJSP – 16ª Câmara de Direito Criminal – Agravo em Execução n. 0045398-82.2014.8.26.0000 – Des. Rel. Otávio de Almeida Toledo – Julgado em 23/09/2014).

Posto isso, pelo meu voto, dou provimento ao recurso defensivo, para determinar a exclusão da anotação da falta grave do prontuário do agravante.

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001542-98.2017.8.26.0635, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ELIO OLIVEIRA SOUZA, 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: Por maioria de votos, deram provimento ao recurso para absolver o querelado, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, vencido o 3º Juiz que improvia e não declara, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.863)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GERALDO WOHLERS (Presidente) e JUVENAL DUARTE.

São Paulo, 13 de novembro de 2018.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Ementa: INJÚRIA QUALIFICADA. Réu, usuário de drogas, que proferiu insultos à genitora, relacionados à idade dela, durante discussão familiar. Palavras que, apesar de desnecessárias e lamentáveis, não demonstraram a intenção dele de causar dano à honra subjetiva da querelante. Ausência do dolo específico caracterizador do delito de injúria. Apelo provido para a absolvição por atipicidade da conduta.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por ELIO OLIVEIRA SOUZA de sentença que o condenou, como incurso no artigo 140, § 3º, do Código Penal, às penas de 01 (um) ano de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, de valor unitário mínimo, postulando a absolvição, seja porque não possuía entendimento da ilicitude do ato praticado, diante da dependência química, ou por atipicidade, eis que ausente dolo específico. Subsidiariamente, pretende a redução das penas, com o afastamento da qualificadora e o reconhecimento da atenuante da confissão.

Acesso ao Sumário

O recurso foi regularmente processado e, nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento da irresignação (fls. 223/227).

É o relatório.

Consta da denúncia que, no dia 19 de fevereiro de 2017, por volta das 19h50, na Rua Asa Branca, nº 22, nesta Capital, prevalecendo-se de relações domésticas e familiares contra a mulher, na forma da Lei nº 11.340/06, o acusado injuriou sua genitora *Edimeia Oliveira Souza*, com 75 anos de idade, utilizando-se de elementos referentes à condição de pessoa idosa.

Segundo apurado, o denunciado ofendeu a sua genitora, dizendo: "***vai se fuder, sua velha do caralho, vai dar o rabo para ganhar dinheiro, vai tomar no cu***".

O recurso comporta provimento.

A vítima declarou, em juízo, que nem se lembrava mais das palavras proferidas pelo acusado, mas confirmou-as após a magistrada repeti-las. Disse que ele estava agressivo e ainda desferiu um soco no braço dela. Declarou que o réu parou de usar drogas, faz tratamento no CAPES e está calmo (fls. 170 e 172 – mídia no sistema SAJ).

A irmã do réu e filha da ofendida presenciou os fatos, narrando que ele estava "perturbado" e queria que a mãe lhe desse dinheiro para comprar drogas. Diante da recusa, ele proferiu xingamentos contra a vítima e brigou com o irmão Eliton. Confirmou que o apelante está em acompanhamento médico e está bem melhor após ter saído da prisão (fls. 170 e 171 – mídia no sistema SAJ).

O apelante, por sua vez, confirmou os fatos e declarou estar arrependido. Disse que, na data dos fatos, havia consumido "crack", mas que não usa mais drogas (fls. 170 e 173 – mídia no sistema SAJ).

O dolo caracterizador do crime de injúria consiste na vontade livre e consciente do agente de causar dano à honra subjetiva da vítima. Bem por isso, o que define a injúria, mais do que o escrito ou o falado, é a intenção, o *animus injuriandi*, não bastando, portanto, para que se considere configurado o delito, que se aprecie objetivamente o conteúdo da manifestação tida como ofensiva. Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: "***Deve-se considerar o contexto em que as expressões estão integradas, e não estas isoladamente***" (STJ, HC 177, DJU 09.04.1990, p. 2749). É necessário pesquisar se o agente teve, efetivamente, a intenção de ofender a honra alheia e o que o motivou a tanto.

No caso, não ficou comprovada a intenção do querelado de causar dano à honra subjetiva da querelante, sua genitora.

As palavras consideradas ofensivas foram proferidas em meio a uma discussão entre eles, na qual o acusado, usuário de drogas, queria que a mãe

lhe desse dinheiro para que adquirisse mais entorpecentes. Diante da recusa, ele teria proferido as palavras ofensivas descritas na inicial, bem como teria dado um soco no braço dela.

Segundo entendimento jurisprudencial, "***não há injúria, por ausência do elemento subjetivo, se é fruto de incontinência verbal, provocada por explosão emocional durante acirrada discussão (TACrSP, RT 544/353; TJDF, RT 780/642; STF, HC 81.885-4/SP, DJU 29.08.2003, p; 36; Colégio Recursal/SP, Ap. 12, j. em 21.03.2005m Bol. IBCCr nº 150, maio de 2005)***" (*in* Celso Delmanto, "Código Penal Comentado", 8ª ed., São Paulo-Saraiva, 2010, p.514).

Ressalta-se que não há como negar que as palavras de baixo calão proferidas pelo apelante foram desnecessárias e altamente reprováveis, mas o fato é que os fatos ocorreram no âmbito de discussão familiar, não podendo se afirmar que ele tenha agido com o *animus injuriandi* em relação à querelante, tanto que a decisão de fls. 178 revogou as medidas protetivas fixadas em favor da vítima, "***vez que atualmente convive em harmonia com o acusado***" (fls. 178).

Portanto, ausente o dolo específico de injuriar, patente a atipicidade da conduta na esfera criminal.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para absolver o querelado, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005826-37.2016.8.26.0619, da Comarca de Taquaritinga, em que é apelante P. S. A. DA S., é apelado M. P. DO E. DE S. P.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso, para reduzir a pena para vinte e cinco anos, dois meses e doze dias de reclusão, em regime fechado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.563)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores RACHID VAZ DE ALMEIDA (Presidente) e CARLOS BUENO.

São Paulo, 8 de novembro de 2018.

FRANCISCO BRUNO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação. Estupro de vulnerável e estupro com violência presumida, em continuidade delitiva. Materialidade e autoria comprovadas. Condenação correta. Pena, porém, a merecer reparo, reconhecida a continuidade delitiva dentre os diferentes delitos. Recurso provido em parte.

VOTO

Ao relatório da r. sentença (fls. 745 e ss.), acrescento que P.S.A.S. foi condenado ao total de cinquenta e cinco anos e seis meses de reclusão, em regime fechado, por infração dos arts. 217-A, por diversas vezes, na forma do art. 71, ambos do Código Penal; 213, § 1º, por diversas vezes, na forma do art. 71, ambos do Código Penal e art. 213, *caput*, por uma vez, do Código Penal, todos em concurso material.

Apelou o réu (fls. 795 e ss.). Pleiteia, preliminarmente, a nulidade processual, alegando cerceamento de defesa e pugnando pela conversão do julgamento em diligência, a fim de que seja determinado: a) realização de exame de identificação genética de material espermático supostamente colhido durante a realização do exame de corpo de delito realizado na vítima, prequestionando, caso indeferido o pleito, o cerceamento do direito de defesa e violação do devido processo legal; b) expedição de ofício ao SAMU requisitando a ficha de atendimento médico da vítima M.A.R.; c) nova perícia na mídia acostada a fls. 75, anulados os atos posteriores ao despacho de fls. 560/562. No mérito, pugnou pela absolvição por insuficiência probatória, nos termos do artigo 386, inciso II, do CPP ou artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, pugnou pela reforma da pena aplicada, reduzida a pena-base ao mínimo legal, e reconhecido o crime único, fixando-se o regime semiaberto.

Respondido o recurso (fls. 829 e ss.), a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento (fls. 844 e ss.).

É o relatório.

Rejeito as preliminares examinadas e afastadas pela r. sentença.

Nosso ordenamento jurídico exige a observância do princípio do devido processo legal, e isso significa conferir tratamento igualitário entre as partes e evitar diligências inúteis como no caso em questão, pois o destinatário da prova é o magistrado e não a defesa, cabendo, portanto, ao Juiz decidir quais provas são indispensáveis para busca da verdade real.

O laudo médico encartado nos autos não menciona coleta de material espermático pelo médico perito; essa notícia só veio aos autos pela palavra dele próprio, já durante o processo. Como a prova requerida se mostrava desnecessária, em face da que já fora colhida, ela era desnecessária e protelatória.

Portanto, correto o indeferimento de sua realização (fls.104/105).

Desnecessária, também, a expedição de ofício ao SAMU requisitando a ficha de atendimento médico da Sra. M.A.R., pois a diligência requerida não guarda qualquer relação com o fato em questão. Acreditando em eventual prática de crime, deve o apelante valer-se dos meios adequados para que os fatos sejam investigados.

A perícia da mídia acostada (fls. 75) foi deferida (fls. 161), para atestar eventual existência de adulteração ou de edição da conversa gravada, bem como para que fosse apurada data da gravação. A perícia foi realizada e concluiu pela perfeita concatenação dos eventos acústicos tanto no plano lógico-semântico quanto expressivo. A gravação não apresenta eventos eletroacústicos não esperados no entorno em que se desenvolvem (fls. 633/643). Assim, a perícia foi clara e conclusiva no sentido de que não houve qualquer alteração. E ficou corretamente decidido nos autos que a gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, com a intenção de proteger direitos do autor da gravação, sobretudo em caso de investida criminosa, é considerada prova lícita (fls. fls. 561).

Não há, assim, o alegado cerceamento do direito de defesa ou violação ao devido processo legal: a r. sentença está fática e juridicamente fundamentada, e a simples adoção pelo magistrado de tese contrária às pretendidas pela parte não justifica sua alegação. O réu teve todos os seus pedidos examinados, embora parcialmente indeferidos pelo Magistrado, o que demonstra o exercício regular de seu direito de defesa.

No mérito, melhor sorte não lhe assiste.

Segundo a denúncia, a partir do ano de 2006 até agosto de 2009, o réu P.S.A.S., agindo nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, constrangeu sua enteada N.C.S., que na época era menor de 14 anos de idade, mediante violência presumida e grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se praticasse atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Consta também que, em data incerta, mas no ano de 2010 até 03.11.2012, em horários diversos, o réu, por inúmeras vezes, agindo nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, teve conjunção carnal e praticou outros atos libidinosos com sua enteada N.C.S., menor de 14 anos de idade. Consta, por fim, que a partir de 03.11.2012 até 10.11.2016, em horários diversos, o réu, por inúmeras vezes, agindo nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, constrangeu a sua enteada N.C.S., mediante grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se praticasse outro ato libidinoso.

O réu negou os fatos; disse que começou a se relacionar com G. em 2009 e se mudou para a casa dela no meio de 2010; alegou que os enteados não tinham um bom relacionamento com ele, mas não se intrometia na vida

Acesso ao Sumário

das crianças; afirmou que, no dia dos fatos, teve uma discussão com G. e que não tinha mais ereções, desconfiando que ela tivesse um caso; narrou que ela o expulsou de casa e o ameaçou de morte, dizendo que iria "dar um fim", como fez com uma senhora idosa de quem cuidava; asseverou que ela teria dito que iria matá-lo por prazer, numa crise de diabetes; disse que brigou com a esposa e ameaçou denunciá-la pelo crime de homicídio perpetrado contra M.A.R. foi jogado no chão e ministraram-lhe uma dose de insulina; disse que desmaiou e, posteriormente, várias pessoas estavam reunidas no local incriminando-o de um fato que nem sequer sabia qual era, ameaçando-o de morte; relatou que obrigaram-no a confessar algo que nem sabia o que era e que falou coisas que não sabia, pois estava zonzo; esclareceu que teve medo de ser morto, pediu por socorro e tentou correr até a casa da sua mãe; alegou que o tio da vítima deu-lhe uma "gravata", segurando-o, momento em que outras pessoas deram golpes em sua barriga e peito; apareceu uma viatura de polícia e o policial presente entrou na casa, enquanto ele conversava com a mãe; disse que, o policial voltou, e ele foi algemado e levado na delegacia, ainda zonzo e sem saber o que estava acontecendo; alegou que o cunhado, policial, fazia diversas perguntas e que ele solicitou a presença de um advogado; posteriormente, foi levado para fazer exame médico, mas não lhe foi perguntado nada, tendo sido ameaçado; voltou para a delegacia e foi obrigado a assinar papéis; que não conseguia ler, razão por que se recusou a assinar, estando presente o delegado; afirmou que está sendo incriminado injustamente, pois G. receia ser acusada do homicídio contra a idosa de quem cuidava; relatou que começou a brigar com G. por causa da sua impotência e que não tinha um bom relacionamento com a vítima; disse que a vítima o culpava pelo divórcio da mãe e não sabe se ela tinha namorado; disse ter medo do cunhado, que estava presente. As agressões a ele tiveram início às 17h00, no interior da casa; foi agredido pelo A. e pelo P., com uma gravata e um soco no estômago, cessando as agressões no momento em que a polícia militar chegou ao local.

A vítima N. declarou que o réu é companheiro da sua mãe e foi vítima de abusos praticados por ele; alegou que não podia se recusar a se relacionar com ele, pois ele a ameaçava de morte, assim como à sua mãe, à sua família e a seus animais de estimação; que era obrigada a ficar em silêncio; as investidas começaram quando tinha 8 anos de idade; alegou que, no começo, ele apenas passava a mão nela quando era criança, mas que foi obrigada a ter relações sexuais com ele aos 13 anos; disse que não podia se negar, senão ele fazia ameaças e ela tinha medo de trazer amigos para dentro de casa e não podia sair dela; vários dos seus animais desapareceram; afirmou que foram várias as investidas, semanalmente, e bastava ele ter uma oportunidade para ficar sozinho para abordá-la, aproveitando-se dos momentos em que estavam a sós para fazer investidas; narrou que sua mãe saía para trabalhar e ficava muitas horas fora de

Acesso ao Sumário

casa; que moravam na casa ela, a mãe, o irmão e réu, que nunca trabalhou; disse que começou a a estudar em período integral na Etec desde 2014; asseverou que ele passava a mão nela; que, depois de um tempo, ele começou a penetrá-la, sendo as ameaças sempre verbais, nunca com nenhum instrumento; alegou que ele a segurava forte para impedi-la de fugir e, na última investida, tentou resistir de forma mais incisiva, mas ele começou a ficar mais agressivo, segurando-a pelos braços; disse que se escondeu no quarto e mandou uma mensagem para seu irmão, contando tudo que havia se passado; neste dia, estava com muito medo, tinha cansado de viver as frequentes ameaças, estando a situação sufocante; conseguiu falar para o seu irmão, mas não comentou sobre tal fato com mais ninguém, em razão das ameaças e por ter medo; ninguém nunca estranhou seu estado emocional porque saia pouco de casa e, no dia dos fatos, ele pegou a mão da vítima e colocou nas partes íntimas dele; que ele mostrava as genitálias para ela e que tentou força-la a fazer sexo oral nele; o réu foi morar com sua genitora em 2010 aproximadamente, depois que seu pai deixou a casa; alegou que morou um tempo na casa de sua avó, por 1 a 2 meses e que as penetrações não ocorriam com preservativo e ela não fazia uso de anticoncepcionais; o réu tentou obrigá-la a usar anticoncepcionais, mas ela se recusava; relatou que o relacionamento entre a mãe e ele era conturbado e, no dia dos fatos, sua mãe teve conhecimento da conduta do réu, e ele tentou fugir.

A testemunha A.I.A., tio da vítima, alegou que a família desconfiava do comportamento do réu, mas não tinham certeza de nada; que a suspeita se confirmou quando seu sobrinho recebeu a mensagem com a notícia dos abusos e, nesta ocasião, foi com o sobrinho até a casa da vítima e ficou aguardando do lado de fora, enquanto seu sobrinho entrou na residência para conversar com a mãe e a irmã; o réu saiu correndo em fuga e ele foi atrás; o réu parou de correr e o sobrinho chegou e contou o ocorrido; narrou que os familiares desconfiavam do comportamento do réu em relação à vítima, porque ele tinha um sentimento de posse sobre ela que era fora do comum, pois nem um pai teria igual; alegou que o réu se incomodava profundamente quando a vítima saía para ficar na casa da avó e não deixava as amigas da vítima frequentar a casa; disse que não presenciou atos libidinosos, porque nunca entrou na residência da vítima sem avisar previamente; que o réu e a vítima moravam efetivamente na mesma casa, há aproximadamente 10 anos; nunca viu a vítima namorar nem ouviu boatos à respeito; afirmou que o réu e sua irmã brigavam bastante, mas não sabe os motivos, sendo que já houve brigas acaloradas entre o casal e que o réu chegou a tentar agredir fisicamente sua irmã; disse que vítima não lhe relatou os fatos, mas contou para sua irmã que o réu ia até o quarto da dela, que não tinha porta, no meio da noite; a vítima dividia o quarto com o irmão, mas seu sobrinho passava várias noites fora de casa; a vítima passava alguns períodos na casa da avó, mas nunca chegou a sair de casa; disse que a vítima não levava amigas em

Acesso ao Sumário

casa e, no dia dos fatos, não havia nenhuma pessoa segurando o réu para impedir sua fuga.

A testemunha G.C.M., mãe da vítima, disse que ficou sabendo do ocorrido pelo filho; alegou que tinha um relacionamento conturbado com o réu, que fazia ameaças frequentes; disse que ele chegou a matar uma cachorra e um gato da filha que estão enterrados no quintal da casa; narrou que ele a ameaçava, caso ela o afastasse da família dela e que ela tinha medo do réu, receando que ele cumprisse as ameaças; relatou que conviveu com ele de 2008 até 2016 e que nunca presenciou atos libidinosos praticados por ele contra a filha, mas que, ocasionalmente, quando chegava em casa, flagrava os dois brigando e eles paravam de discutir instantaneamente; posteriormente, soube que, quando a filha negava a relação com o réu, ele se voltava contra sua pessoa brigando; narrou que observava a filha chorando sem razão e que permanecia longos períodos fora de casa; o réu não deixava a vítima sair de casa e nem receber visitas e, quando a vítima saia em férias, ele se enfurecia e quebrava objetos; a vítima dividia quarto com o irmão, mas ele nunca permanecia em casa, pois sempre brigava com o réu; disse que, no dia dos fatos, recebeu uma ligação do réu, com a voz alterada, perguntando quando ela iria voltar para o lar e que a ligação ocorreu durante o intervalo de sua aula, por volta de 21h00; soube que naquele momento sua filha estava sendo obrigada a praticar sexo oral no réu; posteriormente, em casa, leu a mensagem de texto no celular do filho, quando soube pela primeira vez dos abusos à filha e, ato contínuo, confrontou o acusado, que, assustado, pegou uma faca e disse que não sabia o que deu nele e que queria fugir; em fuga, o réu foi pego pelo seu irmão, que tinha um relacionamento bom com ele.

A testemunha J.C.S., irmão da vítima, disse que no dia dos fatos, sua irmã escreveu uma mensagem de texto narrando que havia sido vítima de abusos pelo padrasto, não explicando detalhadamente os fatos; narrou que ele fazia diversas ameaças e que ele se passava por uma pessoa calma; alegou que não tinha um bom relacionamento com o réu e que não se recorda quando ele se mudou para sua residência; eles brigavam bastante e tentava não manter contato ele; narrou que dormia a maior parte das noites na casa de outras pessoas e que saiu de casa há quatro anos, aproximadamente; alegou que nunca presenciou nenhum ato libidinoso praticado pelo réu contra sua irmã; estranhava o fato dele ficar bravo sempre que chegava mais cedo em casa do trabalho e que o relacionamento da mãe e do réu era conturbado; disse que teve uma discussão mais acalorada com o réu, em que queria expulsar o padrasto de casa e, nesta ocasião, o réu proferiu ameaça contra ele; a irmã não lhe confidenciava os abusos sendo que a residência da família fica num local com outras famílias próximas.

Acesso ao Sumário

D.S.L., vizinho do réu, nada sabe sobre os fatos e apenas atestou os antecedentes dele.

M.A.P., disse que trabalha no SAMU e prestou socorro na casa de M.A.R.;

alegou que, no local, a cuidadora da senhora M. informou que ela teve parada cardíaca há 15 minutos.

A testemunha D.F.C., vizinho do réu, disse que a família dele tinha uma vida boa e que soube de brigas entre o acusado e a esposa, sobre a transferência da pensão dele; alegou que o réu é deficiente e depende dos recursos da mãe e que o pai da vítima morava com ela até o começo de 2009 e o réu nunca trabalhou.

A testemunha D.S.R., não sabe nada sobre os fatos.

L.M.G., médico legista, disse que examinou a vítima e que ela tinha indícios de uma relação sexual não recente; na época, a vítima tinha entre dezessete e dezoito anos; narrou que as relações antigas significam há aproximadamente mais de 5 dias e que não é possível precisar se houve relações sexuais ou lesões antigas; narrou que, durante o exame, a adolescente relatou ter mantido relações sexuais antigas e que havia penetração vaginal antiga; a adolescente confidenciou que o autor da conjunção seria o padrasto e que ela havia sofrido atos libidinosos, tendo sido obrigada a realizar sexo oral; a vítima relatou que os vários abusos teriam ocorrido aos 8 ou 12 anos e que não identificou lesões.

Não obstante a combatividade e eficiência do digno Defensor, a meu ver os fatos não dão margem a dúvida razoável. O conjunto probatório permite concluir que o réu efetivamente praticou atos libidinosos e conjunção carnal contra sua enteada N.C.S. durante os anos de 2008 a 2016, iniciados, quando ela contava entre 10 e 11 anos (2008 a 2012), e que prosseguiram entre os 14 e 18 anos (2012 a 2016), continuando após ela completar 18 anos (pelo menos uma vez em 11/2016), no interior da residência onde moravam. A vítima era constrangida, com violência (o réu segurando seus braços com força) e ameaças verbais (voltadas contra a vítima, seus familiares ou seus animais de estimação), à prática de atos libidinoso (sexo oral, anal e manipulação da genitália) e a permitir que o réu praticasse atos libidinosos nela (manipulação de partes do corpo).

As alegações defensivas tentam desqualificar, sem sucesso e sem fundamentação, as palavras da vítima e das testemunhas, não havendo prova de desentendimento entre o réu e os familiares da vítima ou o suscitado conluio para prejudicá-lo.

Correta, assim, a condenação.

Os crimes foram praticados em continuidade delitiva, pois as infrações foram cometidas contra a mesma vítima, nas mesmas condições fáticas, com o mesmo *modus operandi* e com intervalos semanais entre um delito e outro, perdurando por diversos anos.

Passo a análise da pena.

a) 217-A, por diversas vezes, na forma do art. 71, ambos do CP (fatos de

Acesso ao Sumário

2008 até 2/11/2012): a pena foi aumentada em ½, em razão dos critérios previstos no art. 59, do Código Penal (culpabilidade, a personalidade do agente e as consequências do delito especialmente graves); na segunda fase não há circunstâncias agravantes ou atenuantes; na terceira fase a pena foi acrescida em ½, em razão da causa de aumento prevista no art. 226, II, do Código Penal (réu padrasto da vítima), perfazendo dezoito anos de reclusão que, acrescida do aumento de 1/6 pela continuidade delitiva, totalizou vinte e um anos de reclusão.

b) art. 213, §1º, por diversas vezes, na forma do art. 71 do CP (fatos de 3/11/2012 até 2/11/2016): a pena foi aumentada em ½, em razão dos critérios previstos no art. 59, do Código Penal (culpabilidade, a personalidade do agente e as consequências do delito especialmente graves); na segunda fase não há circunstâncias agravantes ou atenuantes; na terceira fase a pena foi acrescida em ½, em razão da causa de aumento prevista no art. 226, II, do Código Penal (réu padrasto da vítima), perfazendo dezoito anos de reclusão que, acrescida do aumento de 1/6 pela continuidade delitiva, totalizou vinte e um anos de reclusão.

c) art. 213, *caput* , do CP (fatos de 03/11/2016 até 10/11/2016): a pena foi aumentada em ½, em razão dos critérios previstos no art. 59, do Código Penal (culpabilidade, a personalidade do agente e as consequências do delito especialmente graves); na segunda fase não há circunstâncias agravantes ou atenuantes; na terceira fase a pena foi acrescida em ½, em razão da causa de aumento prevista no art. 226, II, do Código Penal (réu padrasto da vítima), perfazendo treze anos e seis meses de reclusão.

Todavia, respeitado o entendimento contrário, a meu ver não há cogitar de concurso material entre os crimes. Pela própria natureza dos atos praticados, percebe-se que são da mesma espécie, embora recebam tratamento diferenciado devido às condições pessoais da vítima. Continuação delitiva, portanto.

Assim, a pena maior deve ser aumentada de 1/5 (três delitos). Ficando definitiva em **vinte e cinco anos, dois meses e doze dias de reclusão.**

O regime fechado é o único compatível com a pena aplicada e a gravidade do delito, sendo necessário maior rigor na aplicação da terapêutica penal. Ainda que considerado o tempo de prisão provisória, para efeitos de detração, nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, o tempo de pena cumprido é insuficiente para justificar imposição de regime mais brando.

Pelo exposto, meu voto **dá parcial provimento** ao recurso, para reduzir a pena para **vinte e cinco anos, dois meses e doze dias de reclusão**, em regime fechado.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0037555-15.2014.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são apelantes A. A. DA S. B., A. N. A., F. R., K. A. DE A. S., L. DOS S. G., P. C. DA S. D., P. C. DE O., R. A. DE O. e M. DE O. V., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitadas as preliminares, negaram provimento aos recursos, e corrigiram, de ofício, erro material no dispositivo da r. sentença condenatória, para fazer constar que o réu A.N.A. foi condenado às penas de 4 anos e 1 mês de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 315 dias-multa, no valor unitário mínimo, restando mantida, no mais, a r. sentença recorrida. V.U. Sustentaram oralmente os Drs. Rodolpho Pettena Filho, José Leite Guimarães Junior e Isaac Minichillo de Araujo, e fez uso da palavra o Exmo. Sr. Procurador de Justiça, Dr. Walter Tebet Filho.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.077)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO TUCUNDUVA (Presidente sem voto), JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA e ZORZI ROCHA.

São Paulo, 25 de outubro de 2018.

MACHADO DE ANDRADE, Relator

Ementa: Apelação Criminal.

Roubo com emprego de arma, em concurso de agentes e com restrição de liberdade – Extorsão mediante sequestro e associação criminosa.

PRELIMINARES.

Condutas dos réus individualizadas e sentença fartamente fundamentada nos elementos coligidos aos autos – Desnecessidade de realização das provas periciais pleiteadas por M.

Reconhecimento realizado pela vítima, que não teve dúvidas em apontar F. como sendo um dos sequestradores – A inobservância das formalidades previstas no art. 226, do Código de Processo Penal, constitui-se em mera irregularidade.

Alegação de que o art. 385, do Código de Processo Penal não foi recepcionado pela CF/88 – Não se

Acesso ao Sumário

vislumbra a ocorrência de violação aos princípios processuais penais alegados pela defesa, uma vez que o juiz sentenciante não é obrigado a acatar o pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público.

Autoria e materialidade delitiva demonstradas – Prova – Confissão extrajudicial de um dos réus – Palavras das vítimas e de policiais civis.

EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO – Privação de liberdade da vítima, com o intuito de obter vantagem econômica.

ROUBO QUALIFICADO – Vítima que confirmou o emprego de arma, o concurso de agentes e a restrição de liberdade – Consumação – No momento em que o agente se torna possuidor da coisa móvel alheia subtraída mediante grave ameaça ou violência.

Associação criminosa – Prova colhida demonstra que os réus reuniram-se com o fim de cometerem crimes.

PENAS MANTIDAS – Correção de erro material nas reprimendas impostas a A.

Regime fechado mais condizente à prevenção e repressão do delito.

Preliminares rejeitadas. Recursos desprovidos.

VOTO

Ao relatório da r. sentença de fls. 1975-A a 1998, acrescenta-se que a ação penal foi julgada parcialmente procedente para condenar os réus:

- M.O.V., às penas de 18 anos de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao art. 159, § 1º, do Código Penal, bem como às penas de 9 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 75 dias-multa, no valor unitário mínimo, por infração ao art. 157, § 2º, incisos I, II e V, do Estatuto Repressivo e à reprimenda de 4 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 540 dias-multa, no valor mínimo legal, como incurso no art. 288, caput, c.c. parágrafo único, na forma do art. 69, ambos do Código Penal.

- A.A.S.B., às penas, de 20 anos de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao art. 159, § 1º, do Código Penal, bem como às penas de 4 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 540 dias-multa, no valor mínimo legal, como incurso no art. 288, caput, c.c. parágrafo único, na forma do art. 69, ambos do Código Penal.

Acesso ao Sumário

- P.C.S.D., às penas de 20 anos de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao art. 159, § 1º, do Código Penal, bem como às penas de 10 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 87 dias-multa, no valor unitário mínimo, por infração ao art. 157, § 2º, incisos I, II e V, do Estatuto Repressivo e à reprimenda de 4 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 540 dias-multa, no valor mínimo legal, como incurso no art. 288, caput, c.c. parágrafo único, na forma do art. 69, ambos do Código Penal.

- F.R., às penas de 20 anos de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao art. 159, § 1º, do Código Penal, bem como às penas de 4 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 540 dias-multa, no valor mínimo legal, como incurso no art. 288, caput, c.c. parágrafo único, na forma do art. 69, ambos do Código Penal.

- P.C.O.A., às penas de 4 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 540 dias-multa, no valor mínimo legal, como incursa no art. 288, caput, c.c. parágrafo único, do Código Penal. A ré foi absolvida da suposta prática do delito previsto no art. 159, § 1º, do Código Penal, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

- K.A.A.S., às penas de 3 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 225 dias-multa, no valor mínimo legal, como incursa no art. 288, caput, c.c. parágrafo único, do Código Penal. A ré foi absolvida da suposta prática do delito previsto no art. 159, § 1º, do Código Penal, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

- A.N.A.A., às penas de 4 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 540 dias-multa, no valor mínimo legal, como incurso no art. 288, caput, c.c. parágrafo único, do Código Penal. O réu foi absolvido da suposta prática do delito previsto no art. 159, § 1º, do Código Penal, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

- L.S.G.L., às penas de 3 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 225 dias- multa, no valor mínimo legal, como incurso no art. 288, caput, c.c. parágrafo único, do Código Penal. O réu foi absolvido da suposta prática do delito previsto no art. 159, § 1º, do Código Penal, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

- R.A.O., às penas de 4 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 436 dias-multa, no valor mínimo legal, como incurso no art. 288, caput, c.c. parágrafo único, do Código Penal. O réu foi absolvido da suposta prática do delito previsto no art. 159, § 1º, do Código Penal, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Inconformadas, as partes recorrem.

P.C. pleiteia a absolvição, ante a fragilidade da prova acusatória.

Acesso ao Sumário

Requer que seja afastada a condenação pela prática do roubo majorado, ou subsidiariamente, repelido o reconhecimento da causa de aumento pelo emprego de arma. Afirma que a restrição da liberdade da vítima durou tempo insuficiente para acarretar no reconhecimento da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, inciso V, do CP. Outrossim, sustenta que há bis in idem na condenação pela extorsão e associação criminosa. Pleiteia o reconhecimento do concurso formal entre os crimes de roubo e extorsão, bem como a fixação das penas-base no patamar mínimo legal. Finalmente, requer que a exasperação das penas pelas causas de aumento do art. 157, bem como o aumento do parágrafo único, do art. 288, ambos do CP, se dê no patamar mínimo de 1/3 (fls. 2187/2199).

A., em sede de preliminar, alega que a sentença condenatória não se encontra fundamentada, pois deixou de individualizar a conduta praticada por cada acusado e de analisar as teses defensivas. Outrossim, pleiteia a conversão do julgamento em diligências, a fim de que seja realizado o exame grafotécnico do corréu M.O.V., bem como a realização de exame de espectograma, para verificar a suposta participação do réu nas ações criminosas. Aduz que cabe ao Ministério Púbico indicar as provas que demonstram que o acusado participou do arrebatamento da vítima. Almeja a absolvição, ante a fragilidade da prova acusatória. Caso mantida a condenação, requer a diminuição das reprimendas impostas. Sustenta que houve *bis in idem* nas condenações pelo art. 159, § 1º, CP, e art. 288, CP; que a exasperação da pena-base pelo crime de extorsão mediante sequestro e o reconhecimento da reincidência configuram *bis in idem* (fls. 2224/2319).

A., preliminarmente, alega que a sentença condenatória não está devidamente fundamentada, pois deixou de individualizar a conduta praticada por cada acusado e não analisou as teses defensivas. No mérito, almeja a absolvição, ante a fragilidade da prova acusatória. Caso mantida a condenação, requer a diminuição das reprimendas impostas e a fixação de regime inicial mais brando. Alega que há erro material na dosimetria da pena, pois, inicialmente, o d. magistrado alega que o réu não é reincidente e, em seguida, exaspera a pena pela reincidência. Também ressalta que a reprimenda fixada no dispositivo é maior que a da fundamentação. (Fls. 2320/2388).

Acesso ao Sumário

Às fls. 2402/2417, foram apresentadas novas razões por A. Requer a absolvição, uma vez que, em sede de alegações finais, o Ministério Público pleiteou sua absolvição. No mérito, requer sua absolvição, ante a insuficiência de provas. Subsidiariamente, caso mantida a condenação, pugna pela diminuição das reprimendas impostas, o afastamento dos maus antecedentes e da reincidência, o aumento na terceira fase da dosimetria pelo crime de roubo no patamar mínimo legal, a imposição de regime inicial mais brando e a aplicação do benefício da detração.

M. requer a absolvição, ante a fragilidade da prova acusatória. Caso

mantida a condenação, requer a diminuição das reprimendas impostas e a fixação de regime inicial mais brando (fls. 2390/2393).

L. pugna pela absolvição, diante da insuficiência probatória (fls. 2419/2423).

P. e R. pleiteiam a absolvição, uma vez que as provas são insuficientes para sustentar um édito condenatório. Caso mantidas as condenações, requerem a fixação das penas-base no patamar mínimo legal, o afastamento da causa de aumento pelo emprego de arma, prevista no art. 288, do Código Penal (fls. 2442/2449).

K. almeja a absolvição, ante a fragilidade da prova acusatória. Subsidiariamente, requer a fixação de regime inicial mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fls. 2494/2499).

F. requer, preliminarmente, a anulação da sentença, uma vez que é nulo o reconhecimento fotográfico e pessoal realizados na fase policial. No mérito, almeja a absolvição, ante a fragilidade da prova acusatória (fls. 2505/2524).

Apresentada contrarrazões aos recursos (fls. 2457/2478; 2533/2547), nesta instância, a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo parcial provimento do apelo de A., para corrigir erro material na reprimenda fixada (fls. 2549/2560).

É o relatório.

As preliminares alvitradas não comportam acolhida.

1. Da não individualização das condutas e da falta de fundamentação da sentença condenatória.

Inicialmente, cumpre salientar que a sentença condenatória, cujo mérito será analisado adiante, encontra-se plenamente fundamentada pelo d. magistrado "a quo".

Ao contrário do sustentado por A., restaram bem definidas as funções desempenhadas por cada um dos agentes na prática delitiva. Os policiais civis, através de minuciosa investigação, acompanhada de interceptação telefônica, obtiveram êxito em identificar cada um dos integrantes da organização criminosa, bem como seu papel nos crimes destes autos.

No mais, importante destacar que, consoante dispõe o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, não é exigível que a decisão se pronuncie exaustivamente sobre todas as teses e argumentações trazidas pelas partes, mas sim que nela estejam suficientemente demonstradas as razões de seu convencimento.

Nesse sentido:

"É entendimento assente em nossa jurisprudência civil e penal que o órgão judicante, para expressar a sua convicção, não precisa aduzir comentários sobre cada um dos argumentos levantados pelas partes,

Acesso ao Sumário

se achou fundamento suficiente para a conclusão, o que também vale para os embargos de declaração"

(TJSP Embargos de Declaração 51.812-0/1, São Paulo, Pleno, rel. José Osório, 13.06.2001, v.u.)

"Esta Egrégia Corte não responde a questionário e não é obrigada a examinar todas as normas legais citadas e todos os argumentos utilizados pelas partes, e sim somente aqueles que julgar pertinentes para lastrear a decisão" (STJ 1ª T - Emb. Decl. - Rel. Min. Garcia Vieira -j. 15.02.93 - RSTJ 47/596).

"Não está o Juiz obrigado a julgar a questão posta de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento, para tanto, vale-se do exame dos fatos e dos aspectos pertinentes ao tema, das provas produzidas e da doutrina e da jurisprudência que reputar aplicáveis ao caso concreto" (TRF 5ª R. 3ª T. - Emb. Decl, 97.05.03963-1-PB - Rel. Germana Moraes - j. 04.09.97 - RT 752/397)".

À luz do expendido, constata-se estarem amplamente demonstradas as razões que levaram à condenação do apelante A. pela prática dos delitos, mormente porque cabalmente demonstrado seu envolvimento na associação criminosa e no sequestro da vítima.

2. Da falsidade da confissão extrajudicial de M. e da necessidade de perícia de espectograma.

Por outro lado, inviável a conversão do julgamento em diligências, já que não há que se falar em cerceamento de defesa.

A condenação de A. não se encontra exclusivamente baseada na confissão extrajudicial do corréu M. Como bem observou o d. Procurador Geral de Justiça: ***"(...) há nos autos inúmeros outros elementos de prova: foto de A. no telefone de K., sua inegável relação com a corré, que admitiu que ele esteve em sua casa, ali deixando o rastreador, degravações de interceptação telefônica".*** Soma-se a isso o fato de que o acusado é proprietário de veículo semelhante ao utilizado no arrebatamento da ofendida.

Acesso ao Sumário

De mais a mais, não existem motivos para acreditar que a assinatura que consta do interrogatório do réu M. (fls. 46/50) tenha sido forjada.

O auto de qualificação e interrogatório foi assinado também pela autoridade policial, pelo escrivão de polícia e por duas testemunhas, gozando, assim, de fé pública e presunção de veracidade.

Ademais, não foram produzidas provas aptas a infirmar as declarações constantes no documento. Aliás, cumpre salientar que M. foi minucioso em sua narrativa. Além de delatar seus comparsas, indicando o papel de cada um deles na empreitada delitiva, ainda admitiu sua participação na prática de outros assaltos, cujas investigações estavam em andamento.

Pelos mesmos motivos, mostra-se desnecessária a realização da perícia de espectograma, já que a condenação do apelante A. não se baseou unicamente nas interceptações telefônicas, mas no robusto conjunto probatório acostado aos autos.

A Lei nº 9.296/96 não exige a realização de perícia com tal propósito, já que não restaram dúvidas, pelos elementos probatórios juntados ao processo criminal, acerca das identidades das pessoas envolvidas.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PERÍCIA PARA IDENTIFICAÇÃO DE VOZ GRAVADA EM INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRESCINDIBILIDADE DO EXAME. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. (...) PEDIDO DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Os julgadores, nas instâncias antecedentes, concluíram ser prescindível a realização de perícia para identificar as vozes gravadas em interceptação telefônica, por serem suficientes para tanto os demais elementos probatórios colhidos na instrução criminal. Esse entendimento está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior. Assim, não há nulidade no ponto, considerando, inclusive, que inexiste previsão legal para a realização da precitada perícia. Precedentes. (...)" (STJ, 5ª Turma, Relatora Ministra LAURITA VAZ, HC nº 242819 SP 2012/0101065-0, Julgamento: 01/04/2014).

Ao contrário do que alega a defesa, A. e seus comparsas foram claramente identificados nas interceptações.

3. Do reconhecimento realizado pela vítima em face de F.

Por outro lado, inexistem irregularidades no reconhecimento realizado pela vítima protegida n. 01, ao apontar F. como sendo um dos autores do delito (mídia encartada às fls. 922).

A ofendida passou cerca de nove dias em cativeiro e, por óbvio, não se esqueceria facilmente das feições de seu algoz. Ora, por que motivo ela mentiria?

A vítima foi categórica ao relatar que F. era o agente que a vigiava e que P. comandou a ação, participando desde o momento em que foi tirada do carro de sua mãe e, sendo assim, não existem motivos para desconfiar da veracidade de suas declarações.

Por outro lado, não há que se falar em inobservância do art. 226, do Código de Processo Penal, uma vez que o inciso II do referido dispositivo legal não obriga que o réu seja colocado ao lado de outra pessoa para ser reconhecido, sabendo que este procedimento é apenas facultativo.

Acesso ao Sumário

Tanto isso é verdade que o legislador dispõe no art. 226, inciso II, do Código de Processo Penal, "se possível". Se fosse norma obrigatória, é óbvio que não havia no texto tal expressão.

Nesse sentido, leciona Guilherme de Souza Nucci, na obra Código de Processo Penal Comentado, 8ª Edição, página 498:

"Se o juiz preterir as formalidades exigidas neste artigo para empreender o reconhecimento – o que se faz cotidianamente em muitos fóruns – estaremos diante de prova testemunhal. Embora não se possa considerar um autêntico reconhecimento, é mais do que certo que os magistrados o levam em consideração para proferir os seus veredictos. (...) Mas excepcionalmente, não havendo profundas divergências entre acusação e defesa, quanto à autoria, a maneira informal de reconhecimento pode ser admitida como um complemento à prova gerada".

Desta forma, inocorreu irregularidade no reconhecimento realizado.

4. Da violação ao princípio da imparcialidade, devido processo legal e sistema acusatório.

Finalmente, consta dos autos que o Ministério Público, em sede de alegações finais, pleiteou a absolvição dos réus A., L., R. e K., ante a insuficiência probatória (fls. 1621/1654).

Não obstante o pedido de absolvição formulado pelo Ilmo. *Parquet*, o d. magistrado sentenciante condenou os acusados como incursos no art. 288, parágrafo único, do Código Penal.

Alega a combativa defesa que o d. juízo "a quo" não poderia ter condenado os réus, diante do pedido de absolvição formulado pelo membro do Ministério Público, porque tal decisão viola o princípio da imparcialidade, devido processo legal, além de ferir o sistema acusatório.

Razão, contudo, não lhe assiste.

Dispõe o art. 385, caput, do Código de Processo Penal:

"Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora tenha sido alegada".

Como se vê, o supratranscrito dispositivo legal torna evidente que, o fato de o membro do Ministério Público ter opinado pela absolvição dos réus, seja em alegações finais, seja em sede de contrarrazões de apelação, não vincula o julgador, que possui liberdade para decidir, de acordo com o seu livre convencimento.

Desta forma, não se vislumbra a ocorrência de violação aos princípios processuais penais alegados pela defesa, uma vez que o juiz sentenciante não é obrigado a acatar o pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público.

Acesso ao Sumário

Ensina o doutrinador Guilherme de Souza Nucci, na obra "***Código de Processo Penal Comentado": "Independência do juiz para julgar: do mesmo modo que está o promotor livre para pedir a absolvição, demonstrando o seu convencimento, fruto de sua independência funcional, outra não poderia ser a postura do magistrado. Afinal, no processo penal, cuidamos da ação penal pública nos prismas da obrigatoriedade e indisponibilidade, não podendo o órgão acusatório dela abrir mão, de modo que também não está fadado o juiz a absolver o réu, se as provas apontam em sentido diverso. Ademais, pelo princípio do impulso oficial, desde o recebimento da peça inicial acusatória, está o magistrado obrigado a conduzir o feito ao seu deslinde, proferindo-se decisão de mérito. E tudo isso a comprovar que o direito de punir do Estado não é regido pela oportunidade, mas pela necessidade de se produzir a acusação e, consequentemente, a condenação, desde que haja provas a sustentá-la***". (Ed. Revista dos Tribunais, 11ª Ed., p. 735/736).

Nesse sentido, os seguintes julgados:

"A jurisprudência deste Superior Tribunal possui entendimento no sentido de que o fato de o órgão ministerial manifestar-se pela absolvição do réu, tanto em alegações finais, quanto em contrarrazões de apelação, não vincula o julgador, por força do princípio do livre convencimento motivado e, ainda, por aplicação do disposto no artigo 385 do Código de Processo Penal." (HC 152128 – 6ª Turma – Relator Sebastiao Reis Junior – julgamento em 05/02/13).

"O julgador não está vinculado à manifestação do Ministério Público que, em sede de alegações finais, requer a absolvição do acusado." (HC 76930 – 5ª Turma – Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima – julgamento em 18/10/07).

"(...) Acrescente-se, ainda, que o processo penal está fincado também nos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade, sendo certo que, não obstante tenha o Parquet, em juízo de valor trazido em sede de alegações finais, requerido a absolvição, o juiz tem liberdade para discordar e buscar nas evidências produzidas o lastro para condenar.

Logo, não vislumbro a alegada ofensa ao Estado Democrático de Direito e nem aos princípios e garantias postos na Constituição Federal, porquanto a decisão do juízo monocrático não está adstrita, exclusivamente, às alegações finais produzidas no processo, mas sim no exame acurado de todos os elementos de informação cotejados e devidamente judicializados. Criar um elo entre o pedido da acusação e a decisão do magistrado é mitigar a capacidade deste em avaliar as provas produzidas para formar seu convencimento, haja vista que o pleito do Parquet advém de um juízo de valor feito por este, que pode ou não se coadunar com aquele que será posto na sentença" (TJ-DF, Apelação Criminal: APR 20130410064639, Rel. João Timóteo de Oliveira).

Acesso ao Sumário

Posto isso, rejeita-se as preliminares.

No mérito, melhor sorte não está reservada aos apelantes.

Com efeito, consta na denúncia que M.O.V., P.C.S.D., K.A.A.S., F.R., P.C.O., A.A.S.B., A.N.A., L.S.G., R.L.C., F.B.L. e R.A.O. associaram-se para o fim de cometer delitos.

Ainda que, no dia 12 de agosto de 2014, por volta das 07:40h, na Rua (...), esquina com a Rua (...), os acusados, agindo em concurso de agentes e com unidade de desígnios, sequestraram a vítima protegida nº 01, com o fim de obter vantagem econômica, consistente na quantia de R$ 3.000.000,00 como preço do resgate, sendo que o sequestro durou mais de 24h e fora cometido por associação criminosa.

Por fim, no dia 12 de agosto de 2014, por volta das 07:40h, na Rua (...), esquina com a Rua (...), os réus M.O.V. e P.C.S.D., juntamente com outros dois indivíduos não identificados, em concurso de agentes e com unidade de desígnios, subtraíram, para si, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, o veículo VW/Fox, placas (...), uma carteira contendo documentos pessoais, cartões bancários e a quantia aproximada de R$ 100,00, além de um aparelho celular pertencente à vítima protegida n. 02.

A materialidade delitiva está comprovada pelo boletim de ocorrência (fls. 03/06), relatório de negociação (fls. 13/15), autos de exibição e apreensão (fls. 21; 32/36; 108/109), auto de reconhecimento de pessoa (fls. 88 e 89/90), bem como pela prova oral colhida.

A autoria é certa.

O réu M.O.V., na fase policial, relatou que, no dia dos fatos, foi convidado por P.C. para participar do sequestro da filha de um comerciante de Campinas, proprietário de (...) na região. Disse que, para a prática do delito, utilizaram dois veículos, um Hyundai/Azzera, cor preta, e um VW/Polo, cor preta. Ocupou o veículo Hyundai com P.C., enquanto mais dois ou três agente estavam no VW/Polo. Narrou que o veículo da vítima foi fechado por P.C. Assim, ingressou no automóvel da vítima protegida n. 01, que havia sido levada para outro carro com seus comparsas, e ordenou à sua genitora que ligasse para seu marido, exigindo o pagamento da quantia de R$ 3.000.000,00. A mãe da refém foi liberada com seu próprio veículo em um terreno em São Paulo. Realizou ligações para os familiares, exigindo o preço do resgate, mas como desconfiou que estavam sendo monitorados pela polícia, resolveu abortar o plano. Não soube informar qual dos membros da associação criminosa permanecia no cativeiro. Disse que as informações sobre a rotina e as condições financeiras das vítimas foram obtidas por "A." (A.) e "N.". Disse que utilizou uma pistola semiautomática na abordagem e, durante a prática delitiva, fez uso de diversos aparelhos celulares, cujos chips foram cadastrados em nome de terceiros (fls. 46/50).

Acesso ao Sumário

Em juízo, retratou-se das declarações prestadas na Delegacia de Polícia. Negou envolvimento no delito e disse que desconhece os corréus (mídia encartada às fls. 1614).

Sua confissão extrajudicial encontra respaldo na prova acusatória e, portanto, deve ser considerada.

Na Delegacia de Polícia, a ré K.A., na primeira ocasião em que foi ouvida, permaneceu calada (fls. 77). Novamente inquirida, relatou que em sua residência foi apreendida uma caixa de rastreador veicular contendo cartões com chips telefônicos. Disse que a caixa foi deixada em sua casa por P.C. e "B.", também conhecido como "A.", que estiveram em sua casa uma semana antes de ser presa. Relatou que estava na companhia de P.C., quando M., vulgo "P.i.", ligou pedindo os cartões dos chips. Informou que "A." é o réu A. (fls. 93).

Em juízo, negou participação no sequestro. Disse que conheceu A. através de P.C. em uma festa. Relatou que, certo dia, A. foi até sua casa e deixou uma sacola em sua cozinha, retornando para buscá-la após alguns dias (mídia encartada às fls. 1552).

O réu F.R., na fase policial e em juízo, negou a prática delitiva. Disse que, no dia do sequestro, estava fazendo um acordo com a coordenadora da escola de seus filhos. Já foi condenado por roubo e formação de quadrilha. Conhece apenas M. (Fls. 140 e mídia encartada às fls. 1552; 1614).

L. também negou participação no delito. Disse que não conhece os corréus (mídia encartada às fls. 1552).

O réu P.C. também disse que não participou dos crimes. Informou que não poderia ter sido reconhecido porque ouviu que todos os integrantes da quadrilha utilizavam capuz. Informou que é casado com a ré F. e que realizou alguns contatos telefônicos com K. Não conhece os demais corréus (mídia encartada às fls. 1552).

R.o negou a prática delitiva. Informou que conhecia apenas P., com quem havia marcado um programa (mídia encartada às fls. 1614).

A. negou a prática delitiva. Conhece apenas A., pois foram processados juntos em 2004. Não conhece K. e nem nunca foi em sua casa (mídia encartada às fls. 1614).

A. também disse que não participou do crime. Informou que foi absolvido em outro processo, em que A. era corréu. Já foi internado várias vezes, pois é dependente químico (mídia encartada às fls. 1614).

A ré P. negou os fatos que lhes são imputados. Disse que nunca esteve na cidade de Campinas. Conhece apenas R., que era seu cliente de "programas". Afirmou ter sido absolvida pela suposta prática de um sequestro ocorrido em Santo André (mídia encartada às fls. 1552).

Acesso ao Sumário

As escusas apresentadas pelos apelantes não encontram respaldo na prova acusatória e, portanto, devem ser rechaçadas.

A vítima protegida n. 02, genitora da vítima protegida n. 01, relatou que, no dia dos fatos, estava de carro, acompanhada de sua filha, momento em que um veículo Hyundai/Azera fechou a rua. Desceram três indivíduos armados do mencionado automóvel. Um deles levou sua filha para o Hyundai/Azera e os outros dois entraram no carro em que estava. Disse que o agente do banco de trás ordenou que fizesse uma ligação ao seu marido, pedindo-lhe a quantia de R$ 3.000.000,00 como resgate. Em seguida, foi liberada com seu carro em uma construção abandonada, mas os agentes levaram sua bolsa e celular. Esclareceu que o agente que conduzia o automóvel colocou um moletom no rosto e usava óculos de sol, assim, não conseguiu reconhecê-lo. Entretanto, virou-se para entregar o celular ao agente que estava no banco de trás e pode visualizar seu rosto. Disse que, sem sombra de dúvidas, tratava-se de M. Relatou que o homem que realizava os contatos com a família tinha a língua levemente presa. Como não possuíam condições de pagar o preço exigido, os agentes acabaram soltando sua filha (mídia encartada às fls. 922).

A vítima protegida n. 01 disse que, no dia dos fatos, estava acompanhada de sua mãe, momento em que foram fechadas por um veículo preto. Relatou que dois indivíduos foram na direção de sua genitora, e outro veio em sua direção. Um dos agentes utilizava um anel e estava sem capuz. Trata-se de P.C. Ordenada pelos sequestradores, saiu de seu carro e entrou no automóvel dos agentes. Percebeu que estava sendo levada para São Paulo. Disse que o cativeiro ficava numa favela da Capital. Fez poucas refeições e tomou um único banho. Relatou que os agentes sabiam muitos detalhes de sua vida pessoal. Após o sequestro, sua relação com seu pai ficou muito abalada. Foi liberada em São Paulo, sendo que um taxista a ajudou e a trouxe de volta para Campinas. Disse que, na manhã de sua libertação, obrigaram-lhe a colocar um par de óculos com "silver tape". Disse que F. era o agente que a vigiava e que P.C. comandou a ação, participando desde o momento em que foi tirada do carro de sua mãe (mídia encartada às fls. 922).

Acesso ao Sumário

O Policial Civil Adriano Barros disse que atuou no monitoramento das ligações realizadas para a família exigindo o pagamento do resgate. Informou que os contatos eram sempre realizados por um homem. Não se recorda dos valores exigidos, mas relatou que eram feitas ameaças de mutilações e morte, caso não houvesse o pagamento. Disse que a vítima acabou sendo solta sem o pagamento do resgate (fls. 924/928).

O Policial Civil Adnei Brochi informou que participou das investigações do presente caso. Disse que a própria quadrilha verificou que a família não teria condições de pagar o valor de R$ 3.000.000,00 inicialmente exigidos e acabou liberando a vítima na zona sul de São Paulo. Relatou que se tratava de

associação criminosa muito articulada e que mantinha diversos telefones para a comunicação entre os membros do grupo. Informou que cumpriu mandado de busca e apreensão na residência de M., onde foi apreendido um dos celulares utilizados no dia do arrebatamento da vítima. Disse que M. confessou a prática delitiva, atuando como negociador, e apontou F., P.C. e A. como sendo integrantes da associação criminosa; o acusado ainda disse que "P." estava junto no momento do arrebatamento, enquanto F. foi responsável pelo cativeiro e por contratar R. e L. Informou que as vítimas reconheceram F., M. E "P." como autores do delito. Declarou que K. fornecia a residência para encontros dos integrantes, mas não restou apurada sua participação no caso destes autos. Informou que P. e R. eram os mentores da quadrilha. Em outros sequestros que acompanhou, P. era a mais estratégica e cautelosa, e atuava na colheita de informações das vítimas. Disse que restou apurada a participação da associação em diversos sequestros e foram revelados planos para outros crimes que acabaram impedidos. Declarou que, na ocasião da prisão de A., ele confessou informalmente a prática delitiva, e ainda disse que já havia sido absolvido em um sequestro e que neste também seria facilmente absolvido. Indagado sobre o que teria dado errado no sequestro, A. afirmou que a família era "pé rapada" e demonstrou conhecimento na ação delitiva. Relatou que A. e A. já haviam participado de outros sequestros, e que este é um dos principais integrantes do PCC em liberdade, tanto que estava com a prisão temporária decretada. Narrou que foram interceptadas as linhas telefônicas utilizadas pelos agentes para realizar contato com a família. Em uma das ligações, os agentes reutilizaram o mesmo telefone, tendo M. entrado em contato com A. Disse que no aparelho celular de K., também havia uma foto de A. e que ela relatou informalmente que o acusado comparecia às reuniões realizadas em sua casa. Declarou que A. admitiu ter participado diretamente da ação de arrebatamento da vítima e que o réu também é integrante do PCC. Por fim, informou que P.C., vulgo "P.F." já havia participado de outros sequestros e assaltos a banco, sendo que ele foi o agente mais ativo na ação criminosa (mídia encartada às fls. 922 e fls. 930/946).

O Policial Civil Reginaldo Tartarotti também participou das investigações. Disse que, através das interceptações telefônicas, foi possível identificar os réus M., sua esposa T., K. e P.C. Cumpriu mandado de busca e apreensão na residência de K., onde encontrou uma foto de A e P.C., bem como uma caixa de rastreador. Restou apurado que na casa de K. eram realizados os encontros da quadrilha. Disse que M. confessou a prática delitiva e, informalmente, apontou a participação de F., A. e "P". Informou que a testemunha protegida n. 02 reconheceu M. como sendo o autor do arrebatamento. Por fim, informou que na casa de M. foi apreendido o telefone celular utilizado no dia do arrebatamento, e que a vítima protegida n. 01 apontou F. como o responsável pelo cativeiro (mídia encartada às fls. 922 e fls. 947/955).

Acesso ao Sumário

A testemunha protegida n. 01 disse que os sequestradores realizavam, em média, uma ligação por dia. Identificou apenas uma voz nas ligações. Ameaçavam maltratar a vítima, caso não fosse pago o resgate. Informou que o valor estava sendo negociado e, quando parecia que iriam aceitar um preço mais baixo, acabaram soltando a vítima sem receber o resgate (mídia encartada às fls. 922).

A testemunha de defesa A.P.N.A., irmã de A., disse que o acusado possuía ocupação lícita na época dos fatos. Informou que o réu é dependente químico e estava internado em uma clínica de reabilitação na data do crime (mídia encartada às fls. 922).

L., esposa de A., também disse que ele era dependente químico e que sua última internação foi entre julho/2014 e agosto/2014 (mídia encartada às fls. 922).

A testemunha S.A.R. informou que é amigo de A. e que trabalharam juntos em 2014. Nada soube informar acerca dos fatos (mídia encartada às fls. 922).

A testemunha T.C. disse que K. tinha ocupação lícita e que conhecia P.C. há muitos anos (mídia encartada às fls. 1054).

V. informou que conhecia K. e P.C., sendo que eles eram amigos de infância (mídia encartada às fls. 1054).

A testemunha L.S.C. informou que A. era namorado de sua irmã. Tinha conhecimento que o acusado trabalhava com reforma de automóveis usados. Relatou que o réu possuía um automóvel VW/Polo, de cor preta (mídia encartada às fls. 1067).

As testemunhas F. e A. nada disseram de interessante que pudesse contribuir para o deslinde da causa (mídia encartada às fls. 922 e fls. 1092).

J.M. disse que não conhece os acusados e que nunca esteve na cidade de Campinas. Informou que, na época do ocorrido, trabalhava no Supermercado Extra, exercendo a função de chefe do patrimônio da Unidade Anchieta, local em que o F. alega estar na data da empreitada criminosa. Declarou que não se recorda do acusado e, assim, não conseguiu reconhecê-lo (mídia encartada às fls. 1488).

Acesso ao Sumário

Assim sendo, como se vê, as palavras ditas pelas vítimas e pelos policiais civis são harmônicas e coesas, não se vislumbrando qualquer razão para que quisessem incriminar pessoas inocentes e deixassem que os verdadeiros criminosos permanecessem soltos e impunes.

Nem se alegue que o depoimento de policiais civis seja suspeito, para embasar um decreto condenatório, pois, isto somente ocorreria no caso de os acusados provarem que os mesmos inventaram toda a história, com a intenção de prejudicá-los. No caso destes autos este fato não ocorreu. Ademais, suas

palavras são colhidas sob o compromisso de dizer a verdade, sob pena de falso testemunho.

Restou fartamente comprovada a participação de M., A., F. e P.C. no sequestro da vítima protegida n. 01.

Inicialmente, cumpre salientar que a confissão extrajudicial de M. encontra-se em consonância com as demais provas coligidas aos autos.

Com relação a M., foi apreendido na sua residência o aparelho celular utilizado no arrebatamento da ofendida, bem como um par de óculos com *silver tape* e um gorro descritos pela vítima, além de um rolo de *silver tape*. Também foi reconhecido como sendo o agente que realizava as negociações, já que possui a língua levemente presa.

Segundo a vítima protegida n. 02, após o arrebatamento de sua filha, foi levada em seu veículo por outros agentes, dentre eles, M., cujo reconhecimento realizou em juízo (mídia encartada às fls. 922).

F., conforme já mencionado alhures, também foi reconhecido pela vítima protegida n. 01. Ainda que não tenha sido comprovada sua participação no arrebatamento da ofendida, não há dúvidas de seu envolvimento no sequestro, já que foi por ela reconhecido como sendo o agente que alternava em sua vigilância no cativeiro.

A. também teve sua participação comprovada pela prova acostada aos autos.

A testemunha de defesa L. relatou que A. era proprietário de um automóvel VW/Polo, cor preta, veículo semelhante ao utilizado no sequestro da vítima.

Ademais, na fase extrajudicial, M. indicou A. como sendo um dos autores do delito, sendo que K. confirmou que ele esteve em sua casa juntamente com P.C.

As interceptações telefônicas demonstram não apenas a participação do réu no sequestro, como também sua dedicação à associação criminosa.

Por fim, P.C. foi reconhecido pela vítima protegida n. 01, porquanto foi o agente que a acompanhou até o outro automóvel. Relatou que ele estava sem capuz e usava um anel, que é o mesmo que aparece em uma foto juntada no processo criminal.

Houve a consumação do crime de extorsão mediante sequestro, eis que a vítima foi privada de sua liberdade de locomoção, com a finalidade especial de obtenção de vantagem econômica.

Outrossim, no caso em comento, houve a incidência da qualificadora presente no parágrafo primeiro, do art. 159, do Código Penal, porquanto a vítima teve sua liberdade privada por mais de 24 horas, já que ficou em cárcere por 09 dias, conforme os depoimentos prestados em Juízo.

Acesso ao Sumário

Por outro lado, não há dúvidas que os apelantes estavam associados para a prática delitiva.

Antes de realizarem o sequestro da vítima, os acusados já haviam praticado outros delitos. Pesquisaram minuciosamente sobre a rotina da ofendida, sua vida pessoal, seus amigos e parentes. Eram especializados na prática de extorsões mediante sequestro.

Mesmo após a libertação da vítima protegida n. 01, continuaram envolvidos em atividades criminosas. Planejavam realizar o sequestro de um gerente do Banco do Brasil de Diadema, mas foram impedidos, graças à ação dos policiais civis.

Conforme bem explanou o d. magistrado sentenciante, restou sobejamente comprovado o envolvimento de todos os autores na prática delitiva:

"No dia 21 de agosto de 2014, P. e M. conversam sobre potencial vítima, determinando P. o horário que deve ser observada a vítima, falando da necessidade de pegar a rotina de escola.

No dia 25 de agosto de 2014, conversaram sobre campana realizada para observação.

Há ligações, ainda, demonstrando as alterações de celulares, "chips", de forma a dificultar a identificação dos integrantes da organização (...).

Não só, foram apreendidos "chips" deixados na casa de K. e rastreador de veículos por A. e P. (...).

A utilização de GPS para monitorar os movimentos da vítima, a observação realizada em relação à vítima protegida nestes autos, o monitoramento de novas potenciais vítimas, a troca de carros durante a prática do delito, a mudança de telefones em curto espaço de tempo, até mesmo o celular da vítima protegida 02 foi levado e utilizado para os primeiros contatos e rapidamente dispensado, tais circunstâncias demonstram que a associação possuía grande número de envolvidos inteligentemente organizados e preparados.

(...) Além das conversas já mencionadas, é possível verificar na conversa entre F. e P., ocorrida no dia 03 de setembro onde trocam informações sobre outros parceiros, cuidados sobre a utilização de telefone com GPS. Posteriormente, no dia 17 de setembro de 2014, M. e A. conversaram trocando informações sobre endereço de vítima a ser vigiada, colocação de rastreador e preço a ser combinado".

São diversas as conversas interceptadas que revelam o envolvimento de M., A., P.C. e F. na associação criminosa.

Correta também a condenação de A., P., L., R. e K.

Nos dias 24 e 25 de setembro, foram realizados contatos telefônicos entre

A. e A., onde discutem sobre a necessidade de se livrar de um carro preto e apagar contatos no telefone para evitar serem descobertos.

Ainda que A. estivesse internado no dia do arrebatamento da vítima, isso em nada altera o conjunto fático-probatório quanto à sua condenação pelo crime de associação criminosa. Isso porque, conforme se depreende dos autos, o acusado atuava dando suporte à quadrilha, ajudando os demais integrantes a se desfazer dos carros utilizados nas práticas delitivas.

Também em 25 de setembro, A. e P.C. conversam sobre a existência dos chips e aparelhos celulares na casa de K.

Em um segundo contato, K. e P.C. conversam sobre as informações obtidas de uma vítima, sendo possível concluir que K. seduziu funcionário da vítima para extrair informações.

R. também realizou diversos contatos telefônicos com os corréus. Em certa ocasião, conversa com M. e P., combinando uma "quebrada", alertando-os também da presença da polícia em 29 de agosto de 2014. Depreende-se pelo contexto das chamadas telefônicas que ele também era responsável pela obtenção dos veículos utilizados na abordagem das vítimas.

Às fls. 658, F. e P. conversam sobre formas de utilização de telefone, ocasião em que P. orienta-o a entrar em contato com L., oportunidade em que passam a discutir sobre como "esquentar carros".

Assim, ao que se vê, L. também prestava apoio fornecendo aparelhos telefônicos e veículos utilizados nas atividades criminosas.

Logo, inegável o conluio de forma permanente e estável entre todos para o fim de cometerem delitos patrimoniais.

Esta Corte já julgou no mesmo sentido:

"Para caracterização do crime de quadrilha ou bando, basta uma organização rudimentar, capaz de levar a cabo o fim visado, não se exigindo nítida divisão de funções, estatutos, hierarquia ou mesmo contato pessoal entre os agentes" (RT 747/652).

Na doutrina, o mesmo entendimento encontra guarida, no sentido de que se configura o delito de formação de quadrilha ainda que ela tenha sido formada para a prática de um só crime continuado (Damásio de Jesus, *Direito Penal*, 1996, v. III, p. 394; Heleno Fragoso*, Lições de Direito Penal* – Parte Especial, 1965, v. III, p. 934; Magalhães Noronha, Direito Penal, 1995, v. IV, p. 94).

Finalmente, correta a condenação de P.C., A. e M. pelo crime de roubo.

O entendimento jurisprudencial que vem predominando, tem como consumado o roubo pela subtração dos bens da vítima, mediante violência ou grave ameaça, ainda que, em ato contínuo, de imediato, o próprio ofendido ou terceira pessoa detenha o agente e recupere a "res".

Acesso ao Sumário

Confira, pois, entendimento jurisprudencial nesse sentido:

"Roubo. Momento de sua consumação. O roubo se consuma no instante em que o ladrão se torna possuidor da coisa móvel alheia subtraída mediante grave ameaça ou violência. Para que o ladrão se torne possuidor, não é preciso, em nosso direito, que ele saia da esfera de vigilância do antigo possuidor, mas, ao contrário, basta que cesse a clandestinidade ou a violência, para que o poder de fato sobre a coisa se transforme de detenção em posse, ainda que seja possível ao antigo possuidor retomá-la pela violência, por si ou por terceiro, em virtude de perseguição imediata. Aliás, a fuga com a coisa em seu poder traduz inequivocamente a existência de posse. E a perseguição - não fosse a legitimidade do desforço imediato - seria ato de turbação (ameaça) à posse do ladrão. Recurso extraordinário conhecido e provido". (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE nº 102.490-SP, Sessão Plenária, Relator Ministro MOREIRA, In RTJ 135/161).

As causas de aumento de concurso de agentes e emprego de arma restaram comprovadas pelas declarações das vítimas.

Assim, se as palavras da vítima têm valor para comprovação de autoria, com muito mais razão para confirmarem o emprego de arma e o concurso de agentes.

Entendimento jurisprudencial dominante confirma o acima aduzido:

" PROVA - Roubo - Palavra da vítima - Valor: - No crime de roubo, não há razão para se duvidar da sinceridade da palavra da vítima, que nenhum motivo possui para incriminar pessoas inocentes falsamente, quando seus depoimentos são seguros, coerentes e encontram-se em harmonia com os demais elementos de convicção, justificando e autorizando a condenação." (Apelação nº 1.329.553/6 - São Paulo - 13ª Câmara Rel. I. Juiz LOPES DA SILVA j. 3.12.2002 - V. U. - TACrim - Ementário nº 41, MAIO/2003, pág. 22) .

"PROVA - Roubo - Palavra da vítima - Valor: - Inteligência: art. 157, § 2º, I do Código Penal, art. 157, § 2º, II do Código Penal 25(b) - Em sede de roubo, a palavra da vítima tem a mesma e decisiva importância tanto na identificação do autor do delito, quanto na descrição das circunstâncias que o cercaram." (Apelação nº 1.285.337/9, j. 20/11/2.001, 14ª Câmara, Rel. I. Juiz RENÊ RICUPERO, RJTACRIM 57/94) .

" PROVA - Palavra da vítima - Valor: Inteligência: art. 59, do Código Penal. - No processo contemporâneo, a vítima é também um órgão de prova e suas declarações, meios provativos, sendo certo que, nada se demonstrando contra sua lealdade, deve estimar- se fidedigna sua palavra.

Acesso ao Sumário

- Em se tratando de crime de roubo, a eventual insignificância da res não exclui nem diminui o desvalor da ação, fortemente reprovável por envolver grave ameaça contra pessoas, só repercutindo na falta de aumento da pena, nos termos do que dispõe a norma inscrita no art. 59 do CP.

- Ementa oficial: ROUBO. PROVA. No processo contemporâneo, a vítima é também um órgão de prova. Suas declarações, meios provativos. Nada se demonstrando contra sua lealdade, deve estimar-se fidedigna sua palavra." (Apelação nº 1.292.381/3, j. 04/03/2.002, 11ª Câmara, Rel. I. Juiz RICARDO DIP, RJTACRIM 59/125).

De mais a mais, entendo que também restou caracterizada a causa de aumento da restrição da liberdade da vítima (art. 157, § 2º, do Código Penal), já que, ainda que por breve espaço de tempo, a ofendida teve sua liberdade restringida pelos acusados.

Após sequestrarem a vítima protegida n. 01, os acusados entraram no automóvel da vítima protegida n. 02, conduziram-no até uma construção abandonada, onde, após subtrair os pertences da ofendida, empreenderam fuga imediata.

Para Victor Eduardo Rios Gonçalves:

"O dispositivo em análise refere-se à restrição de liberdade, que não se confunde com privação de liberdade elementar do crime de sequestro ou cárcere privado. Esta é mais duradora, exige que a vítima seja mantida em poder do sequestrador por tempo juridicamente relevante. Na restrição da liberdade, por outro lado, a vítima é mantida em poder do roubador por poucos minutos." (Direito Penal Esquematizado – Parte Especial, Ed. Saraiva, 6ª Edição, p. 396).

Assim sendo, provadas autoria e a materialidade, a condenação dos apelantes era mesmo de rigor.

As penas não comportam qualquer reparo.

1. Para M.O.V.

a. <u>Extorsão mediante sequestro</u>:

A pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em 18 anos de reclusão, ante a observância das circunstâncias judiciais desfavoráveis do art. 59, do Código Penal, tendo sido plenamente fundamentada pelo magistrado a quo, nos seguintes termos:

"O réu agiu com dolo ao manter a vítima em cativeiro por nove dias, submetendo-a, jovem de tenra idade, a privações, tanto que relata que pouco comeu e foi submetida a constantes ameaças, o que aumentou o seu sofrimento. Considero, ainda, as graves consequências para a vítima que sofreu abalo que a afetará por toda vida, relatando, inclusive, que ante as ameaças e

Acesso ao Sumário

informações que eram passadas para a sua família, saiu do local odiando seu pai. Não só, as consequências do delito para a família da vítima que sofreu demasiadamente, especialmente por se tratar a vítima de garota bonita que estava a mercê de marginais e por não possuírem condições financeiras para pagar o que era pedido. O réu ostenta condenação não considerada para efeito de reincidência, o que revela sua personalidade voltada para a prática de delitos patrimoniais. Não só, o réu praticou o delito em gozo de regime aberto o que mostra sua resistência ao cumprimento das penas e seu comprometimento com a criminalidade".

Correta a majoração da pena-base acima do patamar mínimo legal. Como se não bastasse a privação da liberdade da vítima, o acusado e seus comparsas ainda se empenharam em submetê-la a intenso sofrimento físico e mental. Além de possuir escassa alimentação, a ofendida tomou banho uma única vez e passou nove noites em um cativeiro localizado em uma favela desta Capital. Verifica-se, pois, a presença de um dolo exacerbado na conduta, uma maldade desmedida e um caráter repugnante por parte do apelante e seus comparsas. Assim, não só podem, como devem ser apenados com todo o rigor da lei penal.

Ausentes outras circunstâncias modificadoras, a reprimenda tornou-se definitiva no patamar acima.

a. <u>Roubo majorado</u>:

A pena-base foi fixada em 6 anos de reclusão, e pagamento de 50 dias-multa, com fulcro nos elementos norteadores do art. 59, do Código Penal, uma vez que, acertadamente constatou o d. magistrado sentenciante: ***"O réu agiu com dolo ao fechar o carro da vítima e subtrair seu celular e bolsa, enquanto sua filha era tomada em sequestro. Considero, ainda, as graves consequências para a vítima que sofreu abalo que pode ser verificado pela oitiva de seu depoimento, sendo levada e deixada em construção abandonada, o que a expôs a maior perigo. O réu ostenta condenação, não considerada para efeito de reincidência, o que revela sua personalidade voltada para prática de delitos patrimoniais. Não só, o réu praticou o delito em gozo de regime aberto o que mostra sua resistência ao cumprimento e seu comprometimento com a criminalidade".***

Ausentes agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

Na fase derradeira, presentes três causas de aumento de pena (concurso de agentes, emprego de arma e restrição da liberdade), a reprimenda foi exasperada em ½, tornando-se definitiva em 9 anos de reclusão, e pagamento de 75 dias-multa, no valor unitário mínimo, já que o delito foi praticado por três indivíduos, todos armados, e a vítima permaneceu com sua liberdade restrita, até ser abandonada em uma construção.

a. <u>Associação criminosa</u>:

Acesso ao Sumário

A pena-base foi fixada em 3 anos de reclusão, e pagamento de 360 dias-multa, no valor unitário mínimo, com fundamento nos elementos norteadores do art. 59, do Código Penal, porquanto: "O réu agiu com dolo ao se associar com várias pessoas para a prática de crimes. Considero, ainda, o número de agentes, 11 agentes identificados, o grau de divisão de tarefas, enquanto parte dos agentes cuidava da vigilância e obtenção de dados das vítimas, outros se dedicavam na obtenção de chips e carros de forma a propiciar a prática das atividades delitivas. Bem como o grau de sofisticação da conduta do grupo, utilizando GPS para monitorar os movimentos das vítimas e a troca de aparelhos de forma a dificultar a identificação dos membros. (...) Não bastasse, a interceptação telefônica demonstra que o réu tinha posição de destaque na associação".

Ausentes agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

Na fase derradeira, a pena foi exasperada em ½, já que se tratava de associação armada, tornando-se definitiva em 4 anos e 6 meses de reclusão, e pagamento de 540 dias-multa, no valor unitário mínimo.

1. A.A.S.B.

a. <u>Extorsão mediante sequestro</u>:

A pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em 18 anos de reclusão, ante a observância das circunstâncias judiciais desfavoráveis do art. 59, do Código Penal, tendo sido plenamente fundamentada pelo magistrado a quo, uma vez que a vítima permaneceu nove dias em cárcere sofrendo ameaça e, após ser submetida a intenso sofrimento físico e mental, foi liberada pelos sequestradores, pois sua família não tinha condições financeiras para pagar o resgate.

Soma-se a isso, o fato de que o réu também praticou o crime quando estava no gozo de regime aberto. Havia sido colocado em liberdade há menos de sete meses quando da prática do delito, demonstrando, assim, que é completamente dedicado às atividades criminosas e não assimilou a terapêutica penal.

Na segunda fase, a reprimenda foi exasperada em 1/6, diante da reincidência ostentada pelo apelante, mas o d. juízo "a quo" fixou-a em definitivo em 20 anos de reclusão, a fim de que não ultrapasse o máximo legal.

a. <u>Associação criminosa</u>:

A pena-base foi fixada em 3 anos de reclusão, e pagamento de 360 dias-multa, no valor unitário mínimo, com fundamento nos elementos norteadores do art. 59, do Código Penal, porquanto: ***"O réu agiu com dolo ao se associar com várias pessoas para a prática de crimes. Considero, ainda, o número de agentes, 11 agentes identificados, o grau de divisão de tarefas, enquanto parte dos agentes cuidava da vigilância e obtenção de dados das vítimas, outros se dedicavam na obtenção de chips e carros de forma a propiciar a prática das atividades delitivas. Bem como o grau de sofisticação da conduta do grupo, utilizando GPS para monitorar os movimentos das vítimas e a***

Acesso ao Sumário

troca de aparelhos de forma a dificultar a identificação dos membros. (...) Não bastasse, a interceptação telefônica demonstra que o réu tinha posição de destaque na associação".

Na segunda fase, o d. magistrado "a quo" deixou de considerar a reincidência ostentada pelo apelante, a fim de não exasperar a pena acima do mínimo legal.

Na fase derradeira, a pena foi majorada em ½, já que se tratava de associação armada, tornando-se definitiva em 4 anos e 6 meses de reclusão, e pagamento de 540 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Não há que se falar em bis in idem na condenação pelos crimes de extorsão mediante sequestro (art. 159, § 1º, CP) e associação criminosa, uma vez que se tratam de tipos penais autônomos e com objetividades jurídicas distintas.

Conforma leciona Guilherme de Souza Nucci: "(...) cremos admissível a possibilidade de punição do agente pela associação em quadrilha ou bando, algo que ofende a sociedade, tratando-se de crime de perigo abstrato e comum, juntamente com o roubo com causa de aumento, consistente na prática por duas ou mais pessoas, delito que se volta contra vítima determinada e é de dano. Inexiste *bis in idem*, pois os objetos jurídicos são diversos, bem como a essência dos delitos. Fossem ambos de perigo ou ambos de dano, poder-se-ia falar em dupla punição pelo mesmo fato" (Código Penal Comentado, 10ª Ed., São Paulo: RT, 2010, p.1041).

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, nos autos de *Habeas Corpus* nº 289.885/SP:

"Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, por se tratarem de delitos autônomos e independentes e por serem distintos os bens jurídicos tutelados, é possível a coexistência entre o crime de extorsão mediante sequestro, majorado pelo concurso de agentes, com a formação de quadrilha ou bando (atualmente nomeado associação criminosa)".

1. Para P.C.S.D.:

a. <u>Extorsão mediante sequestro</u>:

A pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em 20 anos de reclusão, ante a observância das circunstâncias judiciais desfavoráveis do art. 59, do Código Penal, tendo sido plenamente fundamentada pelo magistrado *a quo*, nos seguintes termos:

"O réu agiu com dolo ao manter a vítima em cativeiro por nove dias, submetendo-a, jovem de tenra idade, a privações, tanto que relata que pouco comeu e foi submetida a constantes ameaças, o que aumentou o seu sofrimento. Considero, ainda, as graves consequências para a vítima que sofreu abalo que a afetará por toda vida, relatando, inclusive, que ante as ameaças e informações que eram passadas para a sua família, saiu do local odiando seu

Acesso ao Sumário

pai. Não só, as consequências do delito para a família da vítima que sofreu demasiadamente, especialmente por se tratar a vítima de garota bonita que estava a mercê de marginais e por não possuírem condições financeiras para pagar o que era pedido. O réu ostenta diversas condenações, não consideradas para efeito de reincidência o que revela sua personalidade voltada para prática de delitos patrimoniais, além de demonstrar agressividade, porquanto suas condenações são sempre por delitos praticados com violência ou grave ameaça. O réu, ainda, demonstrou atividade de comando, conforme relatado pela vítima e pelo réu M. (...).".

Na segunda fase, o d. magistrado sentenciante deixou de considerar a reincidência específica ostentada pelo apelante, a fim de não exasperar a pena acima do mínimo legal.

Assim, a reprimenda tornou-se definitiva no patamar acima, à míngua de outras circunstâncias modificadoras.

a. <u>Roubo majorado</u>:

A pena-base foi fixada em 6 anos de reclusão, e pagamento de 50 dias-multa, com fulcro nos elementos norteadores do art. 59, do Código Penal, pelos mesmos motivos que fundamentaram a exasperação da pena de M.

Na segunda fase, a reprimenda foi exasperada em 1/6, diante da incidência da circunstância agravante da reincidência específica, alcançando 7 anos de reclusão, e pagamento de 58 dias-multa.

Na fase derradeira, presentes três causas de aumento de pena (concurso de agentes, emprego de arma e restrição da liberdade), a reprimenda foi exasperada em ½, tornando-se definitiva em 10 anos e 6 meses de reclusão, e pagamento de 87 dias-multa, no valor unitário mínimo, já que o delito foi praticado por três indivíduos, todos armados, e a vítima permaneceu com sua liberdade restrita, até ser abandonada em uma construção.

A exasperação da pena em ½ na terceira fase da dosimetria deve ser mantida, diante da gravidade do delito praticado pelo acusado e seus comparsas. A vítima foi subjugada por três agentes, todos armados e teve sua liberdade restrita por período considerável de tempo, sendo abandonada sem seu celular e sua bolsa, logo após ver sua filha sequestrada pelos comparsas do apelante.

O dolo exacerbado do agente na prática delitiva foi corretamente sopesado pelo d. magistrado sentenciante e, assim, a reprimenda foi corretamente fixada e se encontra em consonância com a Súmula n. 443, do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes".

Inviável o reconhecimento do concurso formal entre os crimes de roubo

Acesso ao Sumário

e extorsão mediante sequestro, já que os agentes atuaram com desígnios autônomos e mediante ações distintas. Após retirarem a vítima protegida n. 01 do automóvel, os agentes ingressaram no veículo da vítima n. 02 e, após restringirem sua liberdade, utilizando-se de arma de fogo como meio de intimidação, subtraíram seus bens e abandonaram-na em local ermo.

Desta forma, restou plenamente configurado o concurso material de infrações, nos termos do art. 69, do Código Penal.

a. <u>Associação criminosa</u>:

A pena-base foi fixada em 3 anos de reclusão, e pagamento de 360 dias-multa, no valor unitário mínimo, com fundamento nos elementos norteadores do art. 59, do Código Penal, porquanto: "***O réu agiu com dolo ao se associar com várias pessoas para a prática de crimes. Considero, ainda, o número de agentes, 11 agentes identificados, o grau de divisão de tarefas, enquanto parte dos agentes cuidava da vigilância e obtenção de dados das vítimas, outros se dedicavam na obtenção de chips e carros de forma a propiciar a prática das atividades delitivas. Bem como o grau de sofisticação da conduta do grupo, utilizando GPS para monitorar os movimentos das vítimas e a troca de aparelhos de forma a dificultar a identificação dos membros. (...) Não bastasse, a interceptação telefônica demonstra que o réu tinha posição de destaque na associação***".

Na segunda fase, o d. magistrado "a quo" deixou de considerar a reincidência ostentada pelo apelante, a fim de não exasperar a pena acima do mínimo legal.

Na fase derradeira, a pena foi majorada em ½, já que se tratava de associação armada, tornando-se definitiva em 4 anos e 6 meses de reclusão, e pagamento de 540 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Não houve exagero do d. juízo sentenciante em exasperar a pena na terceira fase da dosimetria no patamar máximo de 1/2, já que, compulsando-se os autos, verifica-se que se trata de associação perigosa, extremamente atuante, bem equipada e especializada na prática de delitos patrimoniais, tanto que, na ocasião do sequestro da vítima protegida n. 01, intimidaram as ofendidas com três armas de fogo.

Acesso ao Sumário

1. Para F.R.

a. <u>Extorsão mediante sequestro:</u>

A pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em 18 anos de reclusão, ante a observância das circunstâncias judiciais desfavoráveis do art. 59, do Código Penal, uma vez que, além dos motivos já mencionados, o apelante ostenta condenações, que não podem ser consideradas para efeitos de reincidência, mas todas pela prática de crime com violência e grave ameaça. Ademais, na época em que cometeu a infração penal destes autos, estava gozando de livramento

condicional, ***"(...) o que mostra sua resistência ao cumprimento das penas e seu comprometimento com a criminalidade***. O que pode ser verificado, também, pelas várias evasões registradas no decorrer da pena".

Na segunda fase, a reprimenda foi exasperada em 1/6, diante da reincidência ostentada pelo apelante, mas o d. juízo "a quo" fixou-a em definitivo em 20 anos, a fim de que não ultrapasse o máximo legal.

a. <u>Associação criminosa</u>:

Pelos mesmo fundamentos, a pena-base foi fixada em 3 anos de reclusão, e pagamento de 360 dias-multa, no valor unitário mínimo, com fundamento nos elementos norteadores do art. 59, do Código Penal.

Na segunda fase, o d. juízo "a quo" deixou de considerar a reincidência específica do apelante, mantendo a reprimenda inalterada.

Na fase derradeira, a pena foi exasperada em ½, já que se tratava de associação armada, tornando-se definitiva em 4 anos e 6 meses de reclusão, e pagamento de 540 dias-multa, no valor unitário mínimo.

1. P.C.O.

a. <u>Associação criminosa</u>:

A pena-base foi corretamente fixada em 3 anos de reclusão, e pagamento de 360 dias-multa, no valor unitário mínimo, com fundamento nos elementos norteadores do art. 59, do Código Penal, nos seguintes termos:

"A ré agiu com dolo ao se associar com várias pessoas para a prática de crimes. Considero, ainda, o número de agentes, 11 agentes identificados, o grau de divisão de tarefas, enquanto parte dos agentes cuidava da vigilância e obtenção de dados das vítimas, outros se dedicavam na obtenção de chips e carros de forma a propiciar a prática das atividades delitivas. Bem como o grau de sofisticação da conduta do grupo, utilizando GPS para monitorar os movimentos das vítimas e a troca de aparelhos de forma a dificultar a identificação dos membros. A ré ostenta diversas condenações, não consideradas para efeitos de reincidência, o que revela sua personalidade voltada para a prática de delitos patrimoniais. Não bastasse, a interceptação telefônica demonstra que juntamente com o réu Paulo, a ré tinha posição de chefia na associação, sendo que todas as ligações dos demais membros do grupo passavam por ela".

Na segunda fase, o d. juízo "a quo" deixou de considerar a reincidência da apelante, mantendo a reprimenda inalterada.

Na fase derradeira, a pena foi exasperada em ½, já que se tratava de associação armada, tornando-se definitiva em 4 anos e 6 meses de reclusão, e pagamento de 540 dias-multa, no valor unitário mínimo.

O emprego de arma de fogo restou comprovado pelos relatos da vítima.

Acesso ao Sumário

Desta feita, é irrelevante que a arma não tenha sido apreendida e, assim, inviável o afastamento da causa de aumento de pena prevista no art. 288, parágrafo único, do Código Penal.

1. A.N.A.:

a. Associação criminosa:

A pena-base foi corretamente fixada em 2 anos e 4 meses de reclusão, e pagamento de 180 dias-multa, no valor unitário mínimo, com fundamento nos elementos norteadores do art. 59, do Código Penal, já que, conforme mencionado alhures, o acusado integrava associação criminosa bem estruturada, composta por 11 agentes e especializada na prática de delitos patrimoniais.

Na segunda fase, a pena foi exasperada em 1/6, já que o apelante é reincidente, alcançando 2 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão, e pagamento de 210 dias-multa.

Na fase derradeira, a pena foi exasperada em ½, já que se tratava de associação armada, tornando-se definitiva em 4 anos e 1 mês de reclusão, e pagamento de 315 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Diante do equívoco do d. magistrado sentenciante, corrijo, de ofício, erro material no dispositivo da r. sentença condenatória, para fazer constar que o réu foi condenado às penas de **4 anos e 1 mês de reclusão, e pagamento de 315 dias-multa, no valor unitário mínimo.**

1. L.S.G. e K.A.A.:

a. Associação criminosa:

As penas-base foram fixadas em 2 anos de reclusão, e pagamento de 150 dias-multa, no valor unitário mínimo, com fundamento nos elementos norteadores do art. 59, do Código Penal, já que, conforme mencionado alhures, os acusados integravam associação criminosa bem estruturada, composta por 11 agentes e especializada na prática de delitos patrimoniais.

Na segunda fase, ausentes agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

Na fase derradeira, as penas foram exasperadas em 1/2, já que se tratava de associação armada, tornando-se definitiva em 3 anos de reclusão, e pagamento de 225 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos pleiteada por K., já que as circunstâncias do caso concreto se mostram desfavoráveis e a medida não é socialmente recomendável.

Inobstante a apelante não ter sido condenada pela participação no sequestro da vítima, é certo que estava associada aos demais apelantes na prática de delitos gravíssimos, todos com violência ou grave ameaça à pessoa.

Assim, por integrar associação criminosa bem estruturada, mostra-se temerária que permaneça em liberdade, cumprindo penas restritivas de direitos,

Acesso ao Sumário

que devem ser concedidas em casos excepcionais, quando o agente é iniciante no mundo do crime.

Pelos mesmos motivos, a ré também não faz jus à fixação de regime inicial mais brando, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

1**. R.A.O.:**

a. <u>Associação criminosa</u>:

A pena-base foi fixada em 2 anos e 6 meses de reclusão, e pagamento de 250 dias-multa, no valor unitário mínimo, com fundamento nos elementos norteadores do art. 59, do Código Penal, já que, o acusado integravam associação criminosa bem estruturada, composta por 11 agentes e especializada na prática de delitos patrimoniais. Ademais, praticou o delito enquanto evadido do sistema prisional, demonstrando se tratar de criminoso habitual, e que não conseguiu assimilar a terapêutica penal.

Na segunda fase, a reprimenda foi exasperada em 1/6, diante da reincidência ostentada pelo réu, alcançando 2 anos e 11 meses de reclusão, e pagamento de 291 dias-multa.

Na fase derradeira, a pena foi exasperada em 1/2, já que se tratava de associação armada, tornando-se definitiva em 4 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão, e pagamento de 436 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Os acusados, diante da gravidade dos delitos cometidos, em conformidade com o art. 33, § 3º, do Código Penal.

Como bem observou o d. Procurador Geral de Justiça:

"Os réus foram identificados como integrantes de uma quadrilha armada, constituída para a prática de sequestros e roubos. Extremamente organizados, dividiam funções e prestavam auxílio recíproco, para garantir o sucesso das empreitadas delitivas.

Ainda que L. e K. sejam os únicos sem antecedentes criminais, o fato é que se associaram a bandidos perigosos e reincidentes. Não há dúvidas que respondem pelos fatos praticados por todos os integrantes da organização, assim como, pelos resultados alcançados.

A organização praticou um sequestro de uma adolescente e estava premeditando a prática de inúmeros outros sequestros, monitorando e seguindo potenciais vítimas, instalando rastreadores em carros, tudo a evidenciar, firme propósito criminoso, organizada a chefia e latente periculosidade. De rigor a imposição do regime prisional fechado, como medida de suficiência a reprovação do comportamento criminoso".

Assim, em se tratando de associação criminosa extremamente ativa e organizada, mostra-se temerária a fixação de regime inicial mais brando.

Ante o exposto, rejeitadas as preliminares, nega-se provimento aos

Acesso ao Sumário

recursos, e corrige-se, de ofício, erro material no dispositivo da r. sentença condenatória, para fazer constar que o réu A.N.A. foi condenado às penas de 4 anos e 1 mês de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 315 dias-multa, no valor unitário mínimo, restando mantida, no mais, a r. sentença recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0030839-64.2017.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante G.H.C.L., 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 43.257)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), IVAN SARTORI e CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 6 de novembro de 2018.

EUVALDO CHAIB, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO MEDIANTE GRAVE AMEAÇA E ESTUPRO – ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO DAS CONDUTAS PARA FURTO E IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR – IMPOSSIBILIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADAS – A COMPLEIÇÃO FÍSICA AVANTAJADA E O FATO DE SE ENCONTRAR EM LUGAR FECHADO COM DUAS MULHERES EVIDENCIA A "GRAVE AMEAÇA", CARACTERIZADORA DO ROUBO – ESTUPRO TAMBÉM CARACTERIZADO DIANTE DO RELATO DA VÍTIMA – CONDENAÇÃO BEM LANÇADA – PENAS MANTIDAS NO MÍNIMO LEGAL E APLICADO O CONCURSO MATERIAL DE CRIME – REGIME FECHADO – RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

G.H.C.L. foi condenado pelo r. Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de CAMPINAS, nos autos do Processo nº 1940/2017, *sentença da lavra do eminente Juiz de Direito Dr. Caio Ventosa Chaves*, como incurso no artigo 157 e artigo 213, ambos do Código Penal, às penas de 10 (dez) anos de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 20 (vinte) dias-multa, no valor mínimo legal, sendo negado o apelo em liberdade (fls. 239/242).

O apelante foi processado porque, no interior de um estabelecimento denominado "Sex Shop", mediante violência e grave ameaça, subtraiu para ele R$ 50,00 (cinquenta reais) e constrangeu A.C.W. a permitir que com ela praticasse ato libidinoso.

Apela pleiteando a absolvição, sob argumento de insuficiência probatória ou, subsidiariamente, a desclassificação da conduta para furto e contravenção de importunação ofensiva ao pudor (fls. 273/278).

Contrariado o recurso (fls. 289/291), o douto Procurador de Justiça Dr. Enio de Toledo Piza Tebecherani opina pelo seu desprovimento (fls. 298/302).

É o relatório.

Impossível atender aos pleitos deduzidos, *data maxima venia.*

A autoria e a materialidade estão suficientemente demonstradas nos autos e foram registradas na r. sentença.

Conforme narra a denúncia, G. entrou no estabelecimento comercial denominado "Sex Shop", situado na Avenida Moraes Salles, na cidade de Campinas, fingindo ser cliente. Em seguida, simulando estar armado e de forma agressiva, como se fosse agredir a vítima, anunciou o roubo e perguntou se havia algum homem no local. Ato contínuo, ele subtraiu R$ 50,00 (cinquenta reais) do caixa,

Depois, perguntou a vítima onde ficava o banheiro e determinou que ela o acompanhasse até lá. Diante de sua recusa, ele colocou a mão sob a blusa e tocou os seios da ofendida, momento em que disse "*fique calma, eu não quero te machucar, só quero passar a mão em você*". Aproveitando-se da distração do réu, outra vítima fugiu do local e, em seguida, G. deixou o estabelecimento.

Sucede que as placas do veículo em que ele ingressou foram passadas a Guardas Municipais e, pouco mais de dois meses depois, eles acabaram por abordar o réu e conduzi-lo à Delegacia de Polícia, onde foi reconhecido pela vítima.

Em solo policial, confessou o roubo. Também, admitiu ter passado a mão sob a blusa da vítima, mas alegou que assim agiu para ver se havia dinheiro escondido, negando a intenção libidinosa.

Acesso ao Sumário

Em Juízo, confessou novamente o roubo, mas alterou a justificativa em relação ao estupro. Disse que não tocou no corpo da ofendida por debaixo da blusa, embora tivesse tentado pegar um cordão que ela usava no pescoço.

Ora, como bem registrou a r. sentença, além de contraditórias as versões, as justificativas, no tocante ao segundo crime, foram infirmadas pelos imparciais relatos prestados pela ofendida e pela testemunha presencial do evento, L.C.M.G.

Sempre que ouvidas, elas relataram os fatos de forma segura e com riqueza de detalhes e apresentaram fotos captadas pelo sistema de vigilância do estabelecimento (fls. 52/58).

Elas afirmaram que trabalhavam no referido estabelecimento, no qual o imputado ingressou e foi atendido por A.C. Pressentindo que algo grave poderia ocorrer, L. tentou fazer uma ligação telefônica para uma loja vizinha, mas o réu mandou-a soltar o telefone, anunciou que queria dinheiro e perguntou se havia mais alguém no imóvel. De fato, não exibiu arma, mas ambas se atemorizaram, até porque ele possui compleição física bem avantajada.

Afirmaram ainda que depois de se apoderar dos R$ 50,00 (cinquenta reais), que estavam no caixa, perguntou onde ficava o banheiro e começou a passar a mão no seio da primeira vítima, e tencionava que ela o acompanhasse até o banheiro.

Contaram, também, que apesar do desespero da ofendida, ele disse que não pretendia machucá-la, mas apenas passar a mão em seu corpo.

Lívia aproveitou-se de um descuido do réu e conseguiu fugir do local, o que fez com que G. também empreendesse fuga.

Ocorre que populares anotaram as placas do veículo, informação que foi passada às autoridades públicas e possibilitou a prisão do réu.

Apresentada foto de G. foi ele prontamente reconhecido. Também, houve reconhecimento pessoal tanto em solo inquisitivo quanto em contraditório.

Inarredável, assim, a condenação lançada, escorada em sólidos fundamentos.

Acesso ao Sumário

Diante da compleição física superior do réu, que se encontrava em ambiente fechado com duas mulheres, evidente a "*grave ameaça*" empregada para a subtração patrimonial, o que impede a desclassificação de sua conduta para o crime de furto.

Também, evidente a prática do ato libidinoso diverso da conjunção carnal, conduta que hoje está acobertada pelo artigo 213 do Código Penal, crime de estupro.

Não restou dúvida de que o réu pretendia levar a vítima para o banheiro e diante de sua recusa, passou as mãos sobre os seus seios. O fim libidinoso ficou evidente ao pronunciar: "*fique calma, eu não quero te machucar, só quero*

passar a mão em você".

Impossível, assim, a desclassificação dessa conduta para simples contravenção de importunação ofensiva ao pudor.

Bem lançadas as condenações, passa-se ao exame da dosimetria penal aplicada.

Nenhum reparo a ser feito.

As penas foram fixadas nos mínimos legais e foi adotado o cúmulo material.

Diante do *quantum* de pena foi fixado o regime prisional fechado.

Mantém-se, assim, incólume o édito condenatório, por seus sólidos e jurídicos fundamentos, aqui incorporados como razão de decidir.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1050056-92.2015.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante M. A. DA S., é apelado J. M. DA S.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.667)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e ANDRADE SAMPAIO.

São Paulo, 1º de novembro de 2018.

AMARO THOMÉ, Relator

Ementa: PRETENDIDO RESTABELECIMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA PREVISTAS NA LEI 11.340/06 – NÃO ACOLHIMENTO – ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta por M.A.S. contra a r. sentença de fls. 126/128, que julgou extinta a punibilidade do apelado, com fundamento no

artigo 107 IV, do Código Penal, e revogou as medidas protetivas anteriormente deferidas, com base na Lei nº 11.340/06.

Em suas razões (fls. 117/121), a defesa requer, em síntese, o restabelecimento das referidas medidas.

O recurso foi contrarrazoado (fls. 169/171).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 188/192) opinou pelo provimento do apelo.

É o relatório.

A apelante requereu a concessão de medidas protetivas em face de seu ex-companheiro, J.M.S., em razão da suposta prática dos crimes de ameaça e injúria real (fls. 01/13).

Comprovada a situação de risco à integridade física da vítima, foi deferida a medida (fls. 27/29).

No entanto, do ofício de fls. 113, consta a informação de que o inquérito policial não foi instaurado, por ausência de representação da vítima.

Em consequência, com fundamento no artigo IV, do artigo 107, do Código Penal, foi declarada extinta a punibilidade do autor, com relação aos fatos constantes do boletim de ocorrência nº 1894/2015, com revogação das medidas protetivas deferidas e arquivamento do feito (fls. 126/127).

Muito bem.

Conforme disposto no artigo 22, da Lei nº 11.340/06, constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, o Juiz poderá aplicar medidas protetivas de urgência.

Contudo, a meu ver, sem processo ou inquérito policial em andamento, torna-se inviável a manutenção da medida.

Afinal, as medidas protetivas tem natureza cautelar e são acessórias ao inquérito policial ou ação penal instaurada, para apuração dos fatos trazidos pela vítima e que fundamentaram o pedido.

Assim, extinta a punibilidade do agente, como ocorreu no presente caso, as medidas perdem a vigência.

Como bem salientado pela nobre Promotora de Justiça,

"... não nos parece justo, nem constitucional, que os interesses do suposto Ofensor sejam restringidos/obstados indefinidamente (afasto do lar para sempre?) sem que haja um processo em andamento em que ao acusado seja garantida a ampla defesa e o contraditório como pretende a apelante" (fls. 182).

Tendo sido arquivado o inquérito e julgada extinta a punibilidade do acusado, inviável a manutenção das medidas protetivas, vez que ausentes as condições que motivaram sua decretação. Afinal, a parte não demonstrou a

Acesso ao Sumário

existência de outros fatos que apontem para a necessidade da medida.

Nesse sentido:

"APELAÇÃO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA (ARTIGO 129 - § 9º, DO CP). Descabe a manutenção de medidas protetivas se já foi extinta a punibilidade do indiciado, eis que a própria vítima renunciou ao direito de representação, na audiência conciliatória. APELO PROVIDO, COM A CASSAÇÃO DAS MEDIDAS RESTRITIVAS IMPOSTAS." [Apelação Crime Nº 70019552579, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 13/09/2007].

Deste modo, a meu ver, inviável acolher o pedido da defesa de reforma da decisão que revogou as medidas protetivas anteriormente impostas.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000556-06.2015.8.26.0348, da Comarca de Mauá, em que é apelante LINDIVALDO LEITE SOARES, 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: "Declararam de ofício a nulidade parcial r. sentença combatida, no que toca à 1ª série de quesitos, por violação ao artigo 564, inciso III, alínea "k" e parágrafo único, do Código de Processo Penal, para determinar a realização de novo julgamento, pelo Tribunal do Júri, somente quanto à vítima Ramon Silva Araújo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4.826)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e COSTABILE E SOLIMENE.

São Paulo, 25 de outubro de 2018.

ANDRADE SAMPAIO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. Tribunal do Júri. Dupla tentativa de homicídio qualificado. Sentença absolutória quanto a um crime e condenatória quanto a outro. Apelo defensivo busca a anulação do julgamento, uma vez contrário à prova dos autos e, subsidiariamente, o afastamento da qualificadora. Análise recursal prejudicada. Nulidade absoluta

Acesso ao Sumário

reconhecida. Contradição entre termo de votação e sentença prolatada pelo Juiz-Presidente. Documentos dotados de fé-pública. Ainda que se possa presumir a correição da r. sentença condenatória, o fato deste documento ser prejudicial ao acusado impõe a anulação do julgamento, somente com relação à série de quesitos viciada, sob pena de *reformatio in pejus* indireta. Determinação de novo julgamento. Sentença parcialmente anulada de ofício.

VOTO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto pela douta defesa de LINDIVALDO LEITE SOARES contra a r. sentença, cujo relatório se acolhe, proferida pelo o E. Tribunal do Júri da Comarca de Mauá, em 19 de junho de 2018, que o condenou à pena de 09 (nove) anos de reclusão, em regime inicial fechado, por incurso no artigo 121, § 1º e § 2º, inciso IV, combinado com o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade (fls. 197/198vº).

O acusado também foi absolvido de outra imputação de incurso no artigo 121, § 2º, inciso IV, combinado com o artigo 14, inciso II, todos do mesmo diploma legal.

A defesa, em suas razões recursais, busca a renovação do julgamento aduzindo que o resultado foi manifestamente contrário à prova dos autos. Se diverso o entendimento, busca o reconhecimento da causa de diminuição consistente na violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima. Busca, outrossim, o afastamento da qualificador do recurso que dificultou a defesa do ofendido (fls. 362/366).

As contrarrazões foram ofertadas, oportunidades em que os argumentos recursais foram rebatidos (fls. 369/375).

Regularmente processado, a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 383/385vº), vindo os autos conclusos em 26 de setembro de 2018.

É o relatório, passo a decidir.

Encontra-se prejudicada a análise do recurso de apelação, ante nulidade absoluta ora reconhecida.

Em que pese não ter sido objeto do recurso defensivo, compulsando os autos verifico a existência de incongruências quanto à 1ª série de quesitos e suas respectivas respostas, hipótese de nulidade prevista no artigo 564, inciso III, alínea "k" e parágrafo único, do Código de Processo Penal, a seguir transcritos, e capaz de macular absolutamente o julgamento realizado.

Acesso ao Sumário

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

(...)

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

(...)

k) os quesitos e as respectivas respostas;

(...)

Parágrafo único. Ocorrerá ainda a nulidade, por deficiência dos quesitos ou das suas respostas, e contradição entre estas.

Com efeito, em detida análise da quesitação realizada nesta 1ª série (fls. 348/348vº), bem como do termo de votação do Egrégio Conselho de Sentença (fls. 349/350), é possível evidenciar a existência de erro material insanável, que impõe a realização de novo julgamento.

Isto porque, na primeira série de quesitos, referentes à tentativa de homicídio praticada contra a vítima *Ramon Silva Araújo*, ao responder à pergunta de número 4, "*O jurado absolve o réu?*", foi consignado, no termo de votação, que a resposta foi "*4x3 sim*".

Não obstante o resultado registrado, procedeu-se aos questionamentos subsequentes a respeito do privilégio e da qualificadora, ambos igualmente reconhecidos pelos senhores jurados.

Em seguida, o i. Juiz-Presidente proferiu sentença condenando o acusado LINDIVALDO pela prática da tentativa de homicídio qualificado, fixando, inclusive, pena.

A contradição ora apontada configura nulidade insanável, na medida em que se torna impossível provar qual dos documentos encontra-se eivado de vícios.

Tratando-se de documentos públicos, ambos igualmente dotados de fé-pública, apresenta-se insuperável o embate entre os mesmos, sendo de rigor a anulação de parte do julgamento.

Impõe consignar, outrossim, que a postura da Defesa técnica ao não arguir esta nulidade, limitando-se a apresentar razões de apelação batendo-se contra a condenação, o reconhecimento da qualificadora e o afastamento do privilégio, configura indícios de que o documento viciado é o próprio termo de votação.

Entretanto, considerando-se que o resultado registrado naquele documento é mais benéfico ao réu, tomar como definitivo e correto a sentença proferida, evidentemente prejudicial aos interesses do apelante, configuraria violação aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Desta forma, a melhor solução, a fim de privilegiar a ampla defesa e a higidez do procedimento, passa pela anulação de parte do julgamento.

Neste sentido, cito trecho do voto proferido pelo Eminente Desembargador

Acesso ao Sumário

Guilherme de Souza Nucci, nos autos da Apelação Criminal nº 0000183-24.2014.8.26.0246, julgado em 28 de abril de 2015, pela 16ª Câmara de Direito Criminal deste Egrégio Tribunal:

> *"Submetido a júri, o conselho de sentença, segundo o termo de votação (fls. 601/602), absolveu-o, por maioria, das imputações, porém a sentença (fls. 605/608), proferida pela MM. juíza presidente do Tribunal, Dra. Andrea Coppola Brião, o condenou.*
>
> *Embora possa ter ocorrido meramente um erro material e a questão não tenha sido arguida pelas partes, o termo de votação foi assinado e rubricado, tanto pela defesa, quanto pela acusação.*
>
> *Quanto ao quesito "o jurado absolve o acusado?", para ambos os crimes a resposta transcrita foi "4 sim" e, ainda, até mesmo sobre o reconhecimento do privilégio, a resposta também foi "4 sim", porém na sentença condenatória restou o apelante condenado nos moldes da pronúncia e sem reconhecimento da violenta emoção, gerando evidente contradição nos autos".*

Diante disto, de rigor operar a anulação do julgamento da 1ª Série de Quesitos, referentes à tentativa de homicídio praticada contra a vítima *Ramon Silva Araújo.*

Por outro lado, não há qualquer discrepância na 2ª série de quesitos, no termo de votação, na sentença prolatada ou ainda no recurso de apelação, que justifique a anulação do julgamento com relação à vítima *Bruno Silva Araújo.*

Transitada em julgada a absolvição, realizar a anulação da votação também da 2ª Série de quesitos, por nulidade evidenciada somente na 1ª série de perguntas, poderia dar ensejo à *reformatio in pejus* indireta.

Ante o exposto, pelo meu voto, **declaro de ofício** a nulidade parcial r. sentença combatida, no que toca à 1ª série de quesitos, por violação ao artigo 564, inciso III, alínea "k" e parágrafo único, do Código de Processo Penal, para determinar a realização de novo julgamento, pelo Tribunal do Júri, **somente quanto à vítima *Ramon Silva Araújo.***

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005504-78.2015.8.26.0028, da Comarca de Aparecida, em que é apelante REVERSON NICOLAU THOME, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito

Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso de REVERSON NICOLAU THOMÉ para anular a condenação e determinar a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal, com vista ao Ministério Público a fim de que avalie a possibilidade de oferecimento das benesses cabíveis. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2.542)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente sem voto), GUILHERME DE SOUZA NUCCI e LEME GARCIA.

São Paulo, 22 de novembro de 2018.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, Relator

Ementa: POSSE DE ENTORPECENTE PARA USO PRÓPRIO. Artigo 28 da Lei nº 11.343/06. Configuração. Apreensão de 18 gramas de maconha. Materialidade e autoria demonstradas. Apreensão em poder do acusado, que confessou a posse do entorpecente. Suficiência para a procedência parcial da ação penal. Pretendida absolvição fundada na atipicidade material da conduta. Aplicação do princípio da insignificância. Inadmissibilidade. Pequena quantidade. Circunstância que decorre da própria natureza do delito. Crime de perigo abstrato. Precedentes do STJ e do STF. Anulação da condenação para remessa dos autos ao Juizado Especial a fim de que se avalie a possibilidade de imposição de medidas despenalizadoras. Precedentes. Apelo provido para este fim.

VOTO

1. REVERSON NICOLAU THOMÉ, vulgo "Revinho", foi denunciado pelo Ministério Público como incurso no artigo 33, *caput*, c.c. o art. 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/06, porque no dia 17 de setembro de 2015, por volta das 07h30, na Rua José Murad, nº 77, Bloco 77A, Apto 21B, Vila Mariana, cidade e comarca de Aparecida, tinha em depósito, para entrega ao consumo de terceiros, 2 (dois) invólucros de *Cannabis Sativa* L. (maconha), pesando 21 gramas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Pela r. sentença de fls. 198/201, cujo relatório se adota, sua conduta foi desclassificada para aquela prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/03, tendo sido condenado à pena de prestação de serviços à comunidade pelo período de dois

Acesso ao Sumário

meses em entidade a ser indicada pelo Juízo da Execução.

Inconformado, REVERSON apelou pugnando pela reforma do julgado.

Em razões apresentadas por seu Defensor, postula, em síntese, o reconhecimento da atipicidade da conduta, tendo em vista a ausência de lesão ao bem jurídico protegido, devendo, portanto, ser absolvido (fls. 216/229).

Processado e contrariado o recurso (fls. 232/233), a douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. José Roberto Sígolo, manifestou-se pelo desprovimento (fls. 247/251).

É o relatório.

2. Acertada foi a solução condenatória.

O acusado foi processado e ao final condenado porque, no dia 17 de setembro de 2015, por volta das 07h30, na Rua José Murad, nº 77, Bloco 77A, Apto 21B, Vila Mariana, comarca de Aparecida, tinha em depósito para entrega ao consumo de terceiros 2 (dois) invólucros de *Cannabis Sativa L.* (maconha), pesando 18 gramas (peso líquido), sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo a denúncia, policiais em cumprimento de mandado de busca, dirigiram-se ao Conjunto Habitacional onde morava o acusado. No local, suspeitaram do réu e, com sua autorização, ingressaram em seu apartamento, onde encontraram a droga acima descrita.

A materialidade é inconteste, provada que está pelo Auto de Prisão em Flagrante (fls. 03/08), pelo Auto de Exibição e Apreensão (fls. 13), Laudos de Constatação (fls. 15/16) e de Exame Químico Toxicológico (fls. 33/34), bem como pela prova oral produzida.

Interrogado, o acusado admitiu que a droga apreendida estava em seu poder para consumo pessoal, tanto que a quantidade condiz com a condição de usuário.

A conduta é típica.

Não há falar em atipicidade material fundada no princípio da insignificância. Segundo a prova pericial, a droga apreendida totalizou 18 gramas, mostrando-se apta a produzir seus efeitos maléficos, dada a presença comprovada do princípio ativo.

A pretensão de reconhecer-se a atipicidade, por ínfima a quantidade, alegadamente inofensiva, esbarra na natureza do delito perpetrado. Por se tratar de crime contra a saúde pública, não há falar que a pequena quantidade de entorpecente apreendido não traduz lesão ao bem jurídico ora tutelado, pois o delito é de perigo abstrato.

O tipo penal em análise (art. 28 da Lei nº 11.343/06) descreve conduta daquele que traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente

sem autorização, não explicitando a quantidade mínima ou máxima apta à caracterização do delito.

A quantidade, pequena ou grande, aliada a outras circunstâncias, constitui critério definidor ou distintivo de condutas de maior ou menor gravidade. A reduzida porção apreendida não serve, no caso, à exclusão da tipicidade.

Em verdade, o reconhecimento da atipicidade, na espécie delitiva em comento, ensejaria o desprezo ao diploma legal, cujo escopo é prevenir o plantio, o fornecimento, gratuito ou oneroso e o próprio consumo do entorpecente.

O entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a pequena quantidade de droga apreendida não descaracteriza a conduta prevista no artigo 28 da lei de regência, por tratar-se de crime de perigo abstrato. Além do mais, a reduzida quantidade de entorpecente é da própria natureza do crime em comento.

Esse, inclusive, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se: *"1. Independentemente da quantidade de drogas apreendidas, não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de porte de substância entorpecente para consumo próprio e de tráfico de drogas, sob pena de se ter a própria revogação, contra legem, da norma penal incriminadora. Precedentes. 2. O objeto jurídico tutelado pela norma do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 é a saúde pública, e não apenas a do usuário, visto que sua conduta atinge não somente a sua esfera pessoal, mas toda a coletividade, diante da potencialidade ofensiva do delito de porte de entorpecentes. 3. Para a caracterização do delito descrito no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, não se faz necessária a ocorrência de efetiva lesão ao bem jurídico protegido, bastando a realização da conduta proibida para que se presuma o perigo ao bem tutelado. Isso porque, ao adquirir droga para seu consumo, o usuário realimenta o comércio nefasto, pondo em risco a saúde pública e sendo fator decisivo na difusão dos tóxicos. 4. A reduzida quantidade de drogas integra a própria essência do crime de porte de substância entorpecente para consumo próprio, visto que, do contrário, poder-se-ia estar diante da hipótese do delito de tráfico de drogas, previsto no artigo 33 da Lei n.11.343/2006"* (RHC nº 37.094/MG, 6ª Turma, Rel. Min. Rogério Schietti, Dje 17.11.2014, VU).

Diferente não é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

"II – A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a conduta atípica exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. III – No caso sob exame, não há falar em ausência de periculosidade social da ação, uma vez que o delito de porte de entorpecente é crime de perigo presumido.

Acesso ao Sumário

IV – É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos relacionados a entorpecentes. V – A Lei 11.343/2006, no que se refere ao usuário, optou por abrandar as penas e impor medidas de caráter educativo, tendo em vista os objetivos visados, quais sejam: a prevenção do uso indevido de drogas, a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. VI – Nesse contexto, mesmo que se trate de porte de quantidade ínfima de droga, convém que se reconheça a tipicidade material do delito para o fim de reeducar o usuário e evitar o incremento do uso indevido de substância entorpecente. VII – Habeas corpus prejudicado" (HC nº 102.940/ES, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado de 15.02.2011, VU).

3. De outro lado, tem-se que, ao desclassificar a infração descrita na denúncia para outra de menor potencial ofensivo, reconhece o Julgador que a classificação inicial – e bem mais severa – estava equivocada. Tal classificação fez com que pessoa primária e sem antecedentes sequer tivesse averiguada a possibilidade de medidas despenalizadoras, como transação penal e suspensão condicional do processo.

Além de furtar-lhe a chance de receber tais benesses, o equívoco na classificação inicial, se corrigido na sentença ou acórdão com condenação direta pelo delito do artigo 28 da Lei 11.343 de 2006, causa ainda outro grave prejuízo: apesar da brandura das penas, REVERSON se torna reincidente para o caso de cometer novo delito, já que não houve descriminalização do porte de entorpecente para consumo, ainda que a jurisprudência mais moderna relativize os efeitos dessa espécie de recidiva.

É assim que vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça: *"1. A conduta prevista no art. 28 da Lei n.º 11.343/06 admite, em tese, tanto a transação penal quanto a suspensão condicional do processo. 2. Os institutos despenalizadores da Lei n.º 9.099/95 devem ser aplicados quando ocorre a desclassificação do delito, conforme entendimento sedimentado na súmula n.º 337 desta Corte. 3. Se não foi conferida ao Ministério Público a possibilidade de propor transação penal ou a suspensão condicional do processo, em hipótese na qual a pena abstrata prevista permite a aplicação de tais institutos, não pode subsistir a condenação, por excluir do Acusado a oportunidade de eventualmente aceitá-las."* (HC 162807/SP, Min. Rel. Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 08/05/2012, v.u.).

Em data mais recente: *"Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal, a desclassificação do crime para outro que se amolde aos requisitos previstos no art. 89 da Lei n. 9.099/1995 impõe o envio dos autos ao Ministério Público, para que se manifeste acerca do oferecimento do benefício da suspensão condicional do processo. Inteligência da Súmula n. 337 do STJ"* (HC 302544/DF, Min. Rel. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, julguado em 10/02/2015, v.u.).

Acesso ao Sumário

Dada a relevância da questão e sua orientação pacífica na 3ª Seção, o Superior Tribunal de Justiça também editou sobre o assunto a Súmula nº 337, mencionando expressamente a suspensão processual, mas se estendendo à transação, pois ***ubi eadem ratio, ibi eadem jus***: *"É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva".*

4. Isto posto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso de REVERSON NICOLAU THOMÉ para anular a condenação e determinar a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal, com vista ao Ministério Público a fim de que avalie a possibilidade de oferecimento das benesses cabíveis.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0030726-11.2011.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante FABIO DE CAMPOS PADILHA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Anularam o processo a partir de fls. 300, devendo ser retomado o andamento na forma acima estabelecida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.286)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente), FREITAS FILHO e OTAVIO ROCHA.

São Paulo, 21 de novembro de 2018.

ALBERTO ANDERSON FILHO, Presidente e Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Tráfico de entorpecentes – Condenação – Recurso defensivo – Pedido de nulidade – *Error in procedendo* – Ocorrência – Decisão liminar em *habeas corpus* deste Relator determinando a suspensão da instrução processual – Carta precatória realizada durante o período de suspensão – Além disso, realizado o ato sem a presença do réu e defesa técnica, bem como sem cópia da denúncia no Juízo deprecado – Prejuízo evidente – Anulação do processo para que seja reiniciada a instrução – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta por **FABIO DE CAMPOS PADILHA**, em face do Ministério Público, contra a sentença de fls. 410/420, cujo relatório se adota e acrescenta-se que o condenou por infração ao art. 33, "caput", da Lei nº 11.343/06, às penas de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 680 dias-multa.

Diante do inconformismo, a defesa apresentou razões de apelação às fls. 442/470 e 515/522. Pugna em preliminar, nulidade decorrente de realização de ato processual quando determinada a suspensão do processo. No mérito, pela absolvição por insuficiência de provas, a desclassificação para o delito de uso ou, subsidiariamente, a redução da pena e fosse fixado regime prisional mais brando.

Regularmente processado o recurso, o Ministério Público apresentou contrarrazões pelo desprovimento (fls. 478/484 e 537/540).

A Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pelo desprovimento ao recurso (fls. 496/503 e 545/549).

É o relatório.

O Apelante foi condenado como incurso nas sanções dos artigos 33, "caput", da Lei nº 11.343/06, porque no dia, hora e local, mencionados na denúncia, trazia consigo, para fins de tráfico, droga consistente em 1 porção de crack, pesando, aproximadamente, 1,017 gramas e 1 eppendorf de cocaína, pesando, aproximadamente, 0,090 gramas, substâncias, estas, que causam dependência física e psíquica, tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

A preliminar de nulidade deve ser acolhida.

Com efeito, a audiência foi realizada quando o processo não tinha regular andamento e por isso o defensor à época constituído a ela não compareceu.

Em 4 de novembro de 2015 (fls. 298) foi determinada a suspensão do andamento do processo. Portanto, a audiência de 5 de novembro de 2015 aconteceu quando o processo não tinha andamento.

A rigor, o ato não deveria ser realizado se o processo não estava em andamento.

E não há dúvida que não tinha andamento, pois, conforme se verifica do despacho de fls. 322, após o julgamento de *habeas corpus* pelo qual se pretendia o trancamento da ação penal, o MM Juiz de Primeira Instância despachou: "***TENDO EM VISTA O JULGAMENTO DO HC (FLS. 320) DETERMINO O NORMAL PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO E DESIGNO AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO [...]***".

Acesso ao Sumário

Portanto, ao Defensor, tendo conhecimento de que o processo não estava em andamento, era perfeitamente lícito entender que a audiência da carta precatória não seria realizada.

Além disso, a audiência foi realizada de forma até temerária. Sem ao menos cópia da denúncia foi ouvida uma testemunha estando ausente o réu e seu advogado. Foi consignado no termo de fls. 312 que a defesa não se opunha à realização do ato sem cópia da denúncia.

Ora, como o Defensor *ad hoc* e, no caso, um Defensor Público, pode fazer perguntas a uma testemunha sem sequer saber exatamente do que o réu está sendo acusado.

Desnecessário alegar e demonstrar a existência de prejuízo. Este salta aos olhos e por óbvio o feito deve ser anulado a partir da audiência de oitiva da testemunha que foi ouvida por carta precatória, repetindo-se o ato e os demais subsequentes, tais como interrogatório, inquirição de outras testemunhas arroladas pela defesa, debates e julgamento, proferindo-se nova sentença.

Nestes termos, por meu voto, ANULO o processo a partir de fls. 300, devendo ser retomado o andamento na forma acima estabelecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de Apelação nº 0005841-30.2017.8.26.0438, da Comarca de Penápolis, em que é apelante C.S.L., 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 de Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.791)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente), EUVALDO CHAIB e IVAN SARTORI.

São Paulo, 27 de novembro de 2018.

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

Ementa: Apropriação indébita em razão de ofício, reconhecido o arrependimento posterior (art. 168, § 1º, III, c.c. o art. 16, ambos do Cód.Penal). Provas seguras de autoria e materialidade. Documentos comprobatórios da apropriação. Palavras coerentes e incriminatórias de curador vítima. Documentos

Acesso ao Sumário

que evidenciam a apropriação indevida, em razão de ofício. Ausência de versões do acusado. Condenação imperiosa. Dolo evidente. Ilícito civil não verificado. Conduta de natureza criminal praticada. Responsabilização inevitável. Apenamento criterioso. Critério da origem respeitado. Substituição da corporal operada. Regime aberto, o mais benevolente possível. Apelo improvido.

VOTO

Visto.

Ao relatório da sentença douta, que se acolhe e adota, acrescenta-se que C.S.L. saiu condenado às penas de ***10 meses de reclusão*** (*regime aberto*), mais ***8 dias-multa***, valor unitário de 1/2 salário mínimo – *substituída a corporal por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade* –, pela prática da infração penal capitulada no art. 168, 'caput', § 1º, III, c.c. o art. 16, ambos do Código Penal (*apropriação indébita em razão de ofício, reconhecido o arrependimento posterior*).

O apelo do acusado – *f. 142/144* – pretende, essencialmente, a modificação do julgado em sua parte conclusiva e meritória, com inversão do resultado e absolvição por defendida atipicidade, por ausência de dolo.

Anotam-se contrarrazões ministeriais – *f. 157/159* – que defendem a mantença do decisório.

Autos distribuídos (*f. 168*), foram imediatamente encaminhados à douta Procuradoria de Justiça que, após vista regular, conclui, em parecer respeitável, pelo improvimento do inconformismo recursal (*f. 172/177*), chegando o feito ao Gabinete do Relator, finalmente, aos **4.jul.2018** – *f. 178.*

É o relatório.

Denunciado o *acusado* pela prática de apropriação indébita praticada em razão do ofício (*art. 168, § 1º, III, do Cód. Penal*), saiu **condenado**, reconhecido o arrependimento posterior (*art. 16 do Código Penal*).

Acusado, advogado da *vítima*, efetua levantamento decorrente de ação judicial, no valor de ***R$ 26.501,15***, na data de ***25.abr.2014***, apoderando-se dos valores que recebeu em razão de sua função, jamais transferindo os valores à *vítima* ou a seu curador, até que registrado boletim de ocorrência aos ***12.jul.2017***, mais de três anos após a apropriação indevida.

Estes os fatos, em suma.

Condenação acertada.

Elementos mais do que suficientes a garantir autoria e materialidade

delitiva.

Assim e de saída, pela **materialidade** constatada por ***(i)*** boletim de ocorrência, *f. 4/6*; e ***(ii)*** documentos carreados, *f. 9/33, a comprovar que o acusado recebeu os valores pertencentes à vítima, em razão de seu ofício.*

E a **autoria** também é induvidosa.

Assim e de saída pelo acervo probatório, verdadeiramente incriminador.

Afinal, os documentos carreados evidenciam que o *acusado* se apropriou indevidamente de valores devidos à vítima, *f. 9/33 e 40/41*.

Evidente, portanto, a apropriação indébita em razão de ofício.

E há mais.

Assim, as firmes e contundentes **palavras do curador da vítima**, *mídia digital.*

Relata que ingressou com ação de aposentadoria em favor da *vítima*, sendo contratado o ***acusado como causídico***, ajuizando a ação, pela qual receberia ***metade dos vencimentos da vítima por 10 meses***, além de ***30% sobre os atrasados.***

Ocorre que, procedente a ação, o curador da *vítima* verificou demora em receber os atrasados, oportunidade em que ***constatou que os valores foram levantados pelo acusado, em abril de 2014***, havia mais de ***3 anos.***

Destaca que registrou boletim de ocorrência e, dias depois, o ***acusado lhe procurou e efetuou o depósito dos valores levantados.***

Tudo, enfim, comprovado pelos documentos carreados.

E o ***acusado não comparece em Juízo para fornecer qualquer versão.***

Donde evidentemente comprovada a autoria do crime, caracterizado o arrependimento posterior.

Não há, enfim e nem de longe, fragilidade probatória.

Ela, ao reverso, é plena, categórica.

E nada foi feito ou produzido pela defesa, capaz de invalidar ou diminuir a força probante que os autos revelam.

Donde o quadro probatório indicar como autor da apropriação indébita em razão de ofício aquele que apontado e responsabilizado.

Plenamente evidenciado, enfim, o ***dolo***, consistente na livre e consciente vontade de apropriar-se indebitamente de valor alheio.

Tanto que – repita-se – ***recebeu os valores devidos à vítima e sequer a comunicou quanto a tanto, POR MAIS DE TRÊS ANOS.***

Ademais, a tese de que apenas não repassou os valores à vítima porque não foi procurado não prospera.

Afinal, ***na função de causídico, tendo poderes de receber intimações***

Acesso ao Sumário

e fazer levantamentos, ERA SEU ABSOLUTO DEVER PROCURAR E INFORMAR A VÍTIMA E SEU CURADOR, jamais ficar aguardando, como se na expectativa de óbito da aposentada, em poder de valores que pertenciam àquela.

Verdadeira intenção de apropriar-se indevidamente do valor, enfim.

Se não há dolo aí, não se entende como, onde ou em que situações tal tipificação ocorreria.

Impossível justificar-se o ato do réu, dessarte.

Daí que não se trata de **mero ilícito civil**.

A ação daquele, dolosa, encontra integral correspondência no texto do artigo 168, § 1º, III, do Código Penal, motivo pelo qual é impossível pretender circunscrever a questão a um ilícito civil.

Em suma.

O acusado praticou o fato – *típico penal* – que lhe é imputado.

E a *vítima* ***suportou prejuízos.***

Trata-se, na verdade, de trama planejada, de artimanha sagaz, tanto que, a princípio, tudo parecia normal e efetuado com zelo, momento em que o engodo se desvela pela apropriação de valores sem qualquer informação à vítima e, posteriormente, saque clandestino de seus valores.

E o acusado ainda valeu-se do fato de atuar como ***advogado.***

Ora.

Claro o intuito de lucro nefasto, pois oriundo de prejuízo a terceiros.

Condenação, portanto, inevitável.

"*Quantum satis*".

Apenamento criterioso e irretocável.

Base fixada acertadamente acima do mínimo legal, em razão das circunstâncias do crime que, *'in casu'*, como bem sustenta a origem, ***excedem em muito o normal previsto ao tipo.***

Tudo realizado por profissional habilitado por uma rigorosa série de testes, a dar à vítima sensação de segurança.

Que, violada, não atinge e macula apenas o *acusado*, mas toda a advocatura e a própria Justiça.

Donde o acerto na majoração – *até branda, 'data venia'* – da base, fixada em ***1 ano e 3 meses de reclusão***, mais ***13 dias-multa.***

À segunda fase, ausentes modificadoras.

Em seguida, majoração – operada em ***1/3*** pela causa de aumento, chegando-se a ***1 ano e 8 meses de reclusão***, mais ***17 dias-multa.***

Por fim, reconhecido o arrependimento posterior, com adequada redução

de ***1/2***, em razão da elevada morosidade em ressarcir a vítima – ***mais de três anos.***

Patamares finais, portanto, em ***10 meses de reclusão***, mais ***8 dias-multa.***

Quanto ao valor da diária, adequadamente fixado em ***1/2*** salário mínimo, em plena atenção à situação econômica do acusado e às circunstâncias do crime.

E ainda quanto aos critérios da origem, utilizados para majoração e redução das penas, aqui bem aplicados, vale dizer.

Muito se tem feito e conseguido, nesta C. Câmara, para prestigiar e referendar o critério do julgador de origem, quanto ao apenamento.

Primeiro porque objetivamente envolvido no caso com a presidência do processo, com direto contato com 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.

Depois que obedecido exatamente este parâmetro e não fugindo ele de uma conceituação genérica, prudente e ponderada, exatamente como aqui, não haverá porque se alterar os critérios norteadores da fixação da reprimenda.

Quer-se dizer com isso, em suma, que havendo razoabilidade de critérios de formação da reprimenda e sempre obedecidos aqueles constantes do art. 68 do Cod.Penal, não há como se mudar o dimensionamento adotado.

Como aqui.

Tudo sem qualquer ofensa ao princípio da razoabilidade, mas em plena atenção ao princípio da individualização da pena (*art. 5º, XLVI, da Constituição Federal*).

Ao fim, operada substituição da corporal por restritiva de direitos, com fixação de regime aberto em eventual necessidade de conversão.

Nega-se provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0017633-54.2011.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado JOSE MARCIO DA SILVA ARAUJO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso ministerial para condenar JOSE MARCIO DA SILVA ARAUJO, como incurso no art. 157, §2º, I e II, do Código Penal, à pena 02 anos e 09 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 06 dias-multa, estipulados

Acesso ao Sumário

unitariamente no piso legal. Expeça-se mandado de prisão, após esgotadas as vias recursais nesta instância. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.111)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 27 de novembro de 2018.

CAMILO LÉLLIS, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – IMPUTAÇÃO DE LATROCÍNIO TENTADO – Sentença absolutória – Recurso ministerial almejando a condenação nos exatos termos da denúncia – Parcial razão – Materialidade e autoria delitivas suficientemente comprovadas no decorrer da instrução – Negativa do acusado que não encontra amparo no conjunto probatório amealhado – Testemunho do policial, isento e colhido sob o crivo do contraditório, que sustenta firmemente a tese acusatória – Necessidade, contudo, de desclassificação para crime de roubo majorado – Laudos periciais e prova oral que dão conta de que os agentes criminosos não efetuaram disparos de arma de fogo, restando evidente apenas o dolo inerente ao roubo – Qualificadoras do concurso de agentes e emprego de arma de fogo que também defluem da prova oral – Condenação de rigor – Penas – Necessidade de recrudescimento da básica – Consequências do crime alarmantes, resultando na morte de um dos criminosos, bem como em lesões corporais resultantes de disparos de arma de fogo no réu e em duas testemunhas, além de danos no carro ocupado pelas vítimas – Aumento de 3/8 pela existência das causas de aumento da comparsaria e emprego de arma de fogo, uma vez que efetivamente colocadas em risco as integridades físicas e as vidas das vítimas e daqueles que estavam aos seus redores – Atos executórios obstados logo que iniciados – Redução de 2/3 pelo 'conatus' – Regime fechado adequado à gravidade concreta dos fatos – Substituição da pena corporal incompatível com a violência inerente ao delito – À luz da orientação do

Acesso ao Sumário

Pretório Excelso (HC nº 126.292), de rigor o imediato início da execução, com a consequente segregação do réu, sem que haja ofensa ao princípio constitucional da presunção da inocência – Recurso parcialmente provido, expedindo-se mandado de prisão.

VOTO

Vistos.

A r. sentença de fls. 367/368v absolveu **José Márcio da Silva Araújo** das imputações contidas no art. 157, §3º, segunda parte, c.c. o art. 14, II, e art. 29, *caput*, todos do Código Penal, com fulcro no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Inconformado, apela o *Parquet*, postulando a condenação do acusado nos termos da denúncia. Quando ao mais, pleiteia a (i) exacerbação da pena-base, alegando que, além de o réu ser portador de maus antecedentes, as consequências do crime foram gravosas; (ii) a consideração do apequenado percurso do *iter criminis* que foi percorrido para reduzir a pena na terceira etapa; (iii) a fixação de regime inicial fechado (fls. 371/377).

Contrarrazoado o apelo (fls. 387/389), subiram os autos, tendo a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo provimento do recurso, com a ressalva de que as condutas devem ser desclassificadas para roubo tentado (fls. 396/403).

É o relatório.

A imputação é a de que, no dia 07 de novembro de 2011, por volta das 12h30, na Rodovia Piaçaguera, acesso 248, KM 6+400m, nº 151, Jardim Conceiçãozinha, na cidade e Comarca de Guarujá, o acusado e **Ezequiel Fernandes de Morais** (falecido), agindo previamente conluiados, tentaram subtrair, para eles, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, bem como por meio de violência empregada contra *Flávia dos Santos Barbaro de Brito, Crispim Gomes de Brito Junior, Juliana aparecida da Silveira As e Luiz Carlos Felizarda Correia*, representada por disparos de arma de fogo, 01 veículo *HONDA*, prata, de placas MGO 7466, ano 2009, bem como objetos que nele estavam acondicionados e que eram carregados pelas vítimas, de propriedade de *Flavia dos Santos de Brito* e *Crispim Gomes de Brito Junior*, não alcançando seus intentos por circunstâncias alheias às vontades deles.

Apurou-se que o réu, na companhia de seu comparsa, com uso de arma de fogo, aproximou-se das vítimas *Flavia* e *Crispim*, as quais estavam no interior de um carro estacionado do acostamento do local dos fatos. Um dos agentes se dirigiu até *Flavia* e, com uma arma, bateu no vidro, com intento de subtração, momento em que *Crispim*, policial militar, percebeu a ação dos criminosos e

Acesso ao Sumário

reagiu, disparando contra eles a fim de defender sua vida e a de sua esposa.

Descreve a denúncia que um dos agentes revidou os disparos. Apurou-se, ainda, que as vítimas conseguiram fugir.

Juliana e *Luiz* passavam pela estrada local dos fatos de motocicleta, quando foram atingidos por alguns dos projéteis de arma de fogo oriundos dos disparos efetuados por parte de um dos agentes.

A materialidade delitiva restou demonstrada pelo auto de prisão em flagrante delito (fls. 02), boletim de ocorrência (fls. 15/20), auto de exibição e apreensão (fls. 21), auto de entrega (fls. 47), laudos periciais realizados em armas de fogo (fls. 122 e 136/138), laudo necroscópico atestando a causa da morte de **Ezequiel** (fls. 132/133v), laudo de exame de corpo de delito (fls. 134), laudo pericial realizado no veículo ocupado pelas vítimas (fls. 140/143), laudo de exame residuográfico (fls. 145/146), laudo pericial realizado no local dos fatos (fls. 148/158), ficha de atendimento ambulatorial (fls. 235/235v), prontuário médico relativo ao atendimento prestado no réu por decorrência dos ferimentos experimentados (fls. 239/266); tudo em consonância como a prova oral coligida durante a instrução.

E, em que pese a convicção da nobre sentenciante de origem, a autoria em relação ao apelado também se encontra satisfatoriamente comprovada.

Ouvido em juízo, o réu negou a prática delitiva. Confidenciando já ter sido condenado pela prática do crime de tráfico de drogas, contou que, na data dos fatos, saiu do serviço para almoçar, de bicicleta, quando, de inopino, sentiu um impacto em seu braço e caiu. Correu e ingressou em uma empresa para pedir ajuda, onde tirou a camisa e enrolou sobre o braço. Não soube dizer de quem era o capacete encontrado. Viu o carro parado no outro lado, mas não viu os assaltantes, apenas um que estava no chão. À época, fazia "bico" para "Damião", conhecido como "Doidinho". Trabalhava como ajudante geral, fazendo serviços de pintura, das 08h00 às 17h00 (fls. 275/276).

Mirim, a exculpatória ofertada pelo apelado foi frontalmente repelida pelos demais elementos de prova.

Acesso ao Sumário

A vítima *Crispim* contou que viajavam pela aludida estrada, com *Flavia* na direção. Pararam para acionar o GPS, momento em que foram abordados por dois indivíduos de capacete, a bordo de uma motocicleta. Um dos agentes bateu com a arma, insistentemente, contra o vidro do veículo. Diante disso, sacou a arma e efetuou alguns disparos. Um dos criminosos caiu e o outro correu no sentido oposto. Percebeu que ele estava machucado. Soube que tal indivíduo foi detido por outros policiais. Um casal que passava pelo local, também em uma motocicleta, acabou sendo atingido por alguns dos disparos. Não soube dizer se um dos criminosos chegou a atirar (fls. 173).

Na mesma linha, discursou *Flavia*, acrescentando que, após seu marido

efetuar disparos, o piloto da motocicleta caiu e o garupa correu com as mãos sobre o ombro. Os roubadores estavam de capacete, não podendo confirmar se eles também realizaram disparos (fls. 174).

Frise-se, aqui, que a palavra das vítimas detém importante valor probatório em crimes desta natureza.

É neste sentido o entendimento do E. Tribunal de Justiça:

"As palavras da vitima, em se tratando de delitos patrimoniais, assumem especial relevância, desde que, como na hipótese vertente, mostrem-se firmes, porquanto não é comportamento usual de quem sofreu um assalto incriminar alguém, sabendo ser tal pessoa inocente, na medida em que a vítima visa tão somente à punição do responsável pelo delito" (Rel. Pedro Gagliardi, Apel. n° 990.09.153421-8, 15ª Câm. Criminal, j. em 15.12.09).

Luiz Carlos corroborou tal declaração, esclarecendo que conduzia sua motocicleta pelo local dos fatos, quando viu dois ocupantes de outra motocicleta anunciando o assalto para os ocupantes de um carro que estava estacionado. Foram efetuados disparos de arma de fogo do interior do veículo, os quais atingiram os assaltantes, sendo certo que um deles fugiu correndo. Também foi atingido nas costas por um dos projéteis, ao passo que sua acompanhante foi alvejada de raspão (fls. 175).

Mas não é só.

O policial militar *Kelvin Nascimento Braga* esclareceu que foi acionado para atender ocorrência de roubo em que dois indivíduos foram baleados, sendo certo que um deles teria corrido em direção à empresa "Rocha Top". Logrou encontrar o apelado a cerca de 100 metros do local dos fatos, o qual ostentava ferimento decorrente de arma de fogo, confessando-lhe o roubo e admitindo-lhe a propriedade de um capacete que havia ao lado dele (fls. 274).

E, como se sabe, veste-se o testemunho de policiais, sim, com maior valoração, porquanto isento, despido da intenção de imputar tão grave crime a um inocente.

Ademais, diante da prática adquirida com a profissão por eles desempenhada, são capazes de apontar fatos e circunstâncias imprimidas nas diligências levadas a efeito para elucidar o acontecido, só deles conhecidas, que culminam por trazer a certeza do cometimento imputado, especialmente quando as versões por eles descritas são anotadas logo de início no auto de flagrante e não desmerecidas no contraditório.

Registre-se que, *in casu*, não restou demonstrado o interesse do agente da lei em prejudicar o apelado, o qual sequer conhecia de data anterior, ressaltando-se que o depoimento policial "*pode ser meio de prova idôneo para embasar a condenação, principalmente quando tomados em juízo, sob o crivo do*

Acesso ao Sumário

contraditório. Precedentes do STF e desta Corte." (STJ - HC 40162/MS, Min. Gilson Dipp, DJ 28.03.2005).

No mesmo sentido:

"Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal" (Superior Tribunal de Justiça – HC 149540/SP – Ministra Laurita Vaz – DJ 04.05.2011).

Ray Soares Rocha afirmou ser conhecido como "Doidinho". Disse que contratou o sentenciado para trabalhar como seu ajudante em um serviço de reforma ordenado por um sujeito conhecido como "Paulinho da feira". O apelado saía para almoçar às 11h30 e retornava às 13h00, seguindo no labor até 17h00. O réu ia de bicicleta até a casa de seu irmão. Não sabe quem é "Damião". É conhecido apenas por Ray ou "Doidinho" (fls. 325).

Por fim, Hellen Cristina Silva Estevam da Cruz, preposta da empresa "Rocha", ressaltou não possuir registro dos fatos. Todavia, informou ter sido alertada pelos funcionários da portaria de que uma pessoa, aparentemente machucada, entrou em contato com eles para solicitar auxílio (fls. 326).

Pois bem.

Frente ao panorama alhures delineado, nota-se que a narrativa defensiva não vinga.

Ora, conforme já ventilado, não se vislumbra qualquer indício de que o policial tivesse a intenção de prejudicar o recorrido, e, diante do cotejo entre tal discurso com o fato de o réu ter sido encontrado, logo após os fatos, a aproximadamente 100 metros do local palco do crime, baleado e ao lado de um capacete de motocicleta, solução distinta da condenação se apresenta desarrazoada.

Ademais, apesar de o apelado ter insistido que se locomovia utilizando uma bicicleta, nenhum dos peritos mencionou algo a respeito da presença de tal veículo de transporte no local dos fatos ao examiná-lo (fls. 147/158).

Acesso ao Sumário

De se estranhar, igualmente, o fato de que o indivíduo para quem o acusado supostamente trabalhava não se chamava "Damião", como afirmou ao ser interrogado, mas, sim, "Ray". Tal testemunha, aliás, afirmou ter sido contratada por "Paulinho da Feira", sujeito que não foi localizado no imóvel no qual o recorrido alegou estar trabalhando (fls. 350) à época dos fatos. E, mesmo em liberdade, **Jose Marcio** não soube informar o endereço daquela pessoa (fls. 347 e 352).

Demais disso, "Doidinho" afirmou que o apelado trabalhava das 08h00

às 11h30 e das 13h00 às 17h00, sendo certo que o crime ocorreu às 12h30, de maneira que, ainda que **Jose Marcio** trabalhasse mesmo com a referida testemunha, tal fato não lhe socorreria.

E nem se alegue que o fato de o réu ter solicitado e aguardado ajuda na empresa "Rocha" milita em seu favor, pois, conforme ressaltado pelo ilustre promotor de justiça recorrente, "*o apelado foi atingido gravemente durante a empreitada criminosa (tanto que necessitou de intervenção cirúrgica – fls. 241/242), circunstância que inviabilizou sua fuga para local mais distante daquele em que foi encontrado*" (fls. 275/276).

Sendo assim, diferente do que se assentou na origem, as incongruências extraídas do relato do apelado, aliadas às circunstâncias coincidentes alhures pontuadas, não cedem margem para dúvida, propiciando, com certeza matemática, que, na companhia do comparsa falecido, **Jose Marcio** perpetrou o delito em comento.

Contudo, de rigor a desclassificação da imputação contida na denúncia (latrocínio tentado) para tentativa de roubo majorado pelo concurso de agentes e emprego de arma de fogo.

É que, além de o laudo realizado na arma de fogo utilizada pelos agentes criminosos ter constatado a presença de 05 cartuchos íntegros e 01 picotado (fls. 122), o laudo de fls. 140/143 atestou que as 06 perfurações localizadas no vidro posterior esquerdo do carro ocupado pelas vítimas foram produzidas por "*projéteis de munição de arma de fogo, com orientação de dentro para fora e da frente para trás*".

Some-se que nenhuma das vítimas foi capaz de confirmar se os rapinadores efetuaram disparos, evidenciando- se, assim, apenas o elemento subjetivo relacionado ao roubo.

Por outro lado, imperioso o reconhecimento das causas de aumento concernentes ao concurso de agentes e emprego de arma de fogo, pois, além do laudo de fls. 122, já mencionado, ter concluído pela aptidão do armamento para efetuar disparos, as vítimas foram firmes ao relatar que os roubadores agiram em comparsaria, mediante emprego de arma de fogo.

E, se suas declarações são de suma importância no campo probatório, a permitir formação de convicção acerca da procedência da pretensão punitiva estatal, não há razão para desacreditá-las no que toca às referidas majorantes.

Nesse sentido, entendem as Cortes Superiores:

"O reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal prescinde da apreensão e da realização de perícia na arma, quando provado o seu uso no roubo por outros meios de convicção. Inteligência dos arts. 158 e 167 do Código de Processo Penal brasileiro. Precedente do Plenário (HC 96.099/RS)" (HC n.º 106456, Rel.

Acesso ao Sumário

Min. Rosa Weber, 1.ª Turma, DJe. 17.04.2013).

Por conseguinte, passa-se à fixação das reprimendas.

Atendendo aos requisitos previstos no art. 59 do Código Penal, a pena-base deve ser fixada em patamar significativamente superior ao mínimo legal.

Malgrado não se possa utilizar a certidão de fls. 65 como documento para comprovação de maus antecedentes, nos moldes aspirados pelo *Parquet*, fato é que as circunstâncias do crime foram extremamente gravosas, posto que duas vítimas e o réu foram feridos por disparos de arma de fogo, um dos roubadores acabou falecendo e o veículo dos ofendidos danificado.

Diante disso, recomendável o acréscimo da básica na razão de 1/2, a qual atinge 06 anos e 15 dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria, a penas deve se manter inalterada, dada a ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

Em seguida, reconhecidas as majorantes do concurso de agentes e emprego de arma de fogo, imperativo o acréscimo de 3/8 sobre a sanção.

Note-se, aqui, que a maior reprovabilidade da conduta impede a singela elevação de 1/3, eis que o delito foi cometido por intermédio de conluio organizado, ressaltando-se que as integridades físicas das vítimas *Crispim* e *Flavia* foram efetivamente colocadas em risco ao terem sido ameaçadas por arma de fogo.

Como dito alhures, as majorantes restaram devidamente comprovadas pela prova oral coligida, não sendo razoável que o roubo cometido em comparsaria e emprego de arma de fogo deixe de sofrer qualquer aumento.

Destarte, impende frisar, não se trata de mero cálculo aritmético, mas de observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que devem pautar as decisões judiciais, atentando-se à individualização da pena.

Ainda na derradeira etapa, leva-se em conta que o *iter criminis* foi interrompido próximo de sua gênese, devendo a pena ser reduzida, por conta disso, na razão de 2/3.

Acesso ao Sumário

Deste modo, estabelece-se a expiação do roubo em 02 anos e 09 meses de reclusão, além de 06 dias-multa, os quais, à míngua de maiores informações acerca da capacidade financeira do acusado, estabelecem-se no patamar mínimo legal.

O regime prisional inicial deve ser o fechado.

Com efeito, os fatos são extremamente graves, envolvendo crime de roubo praticado mediante emprego de arma de fogo e comparsaria, cujas consequências, conforme visto, foram desastrosas.

Reclama-se, assim, por maior rigor do Estado-juiz, consignando-se regime menos gravoso não se mostraria suficiente para a necessária assimilação

da terapêutica penal por parte do sentenciado, bem como geraria sensação de impunidade e insegurança à sociedade, que se vê assolada e atemorizada com crimes desse jaez nos dias atuais.

Pelas mesmas razões (circunstâncias judiciais desfavoráveis), bem como pela violência inerente ao tipo penal pelo qual o réu está sendo condenado, descabida a concessão de qualquer benesse legal.

Em arremate, com supedâneo na recente alteração no entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal que, em boa hora, decidiu pela possibilidade do início imediato do cumprimento da pena com a confirmação da condenação em segundo grau, sem que haja ofensa ao princípio da não-culpabilidade, já que exaurida a discussão judicial acerca dos fatos, expeça-se mandado de prisão em desfavor do acusado, após esgotadas as vias recursais nesta instância.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou parcial provimento ao recurso ministerial para condenar JOSE MARCIO DA SILVA ARAUJO, como incurso no art. 157, §2º, I e II, do Código Penal, à pena 02 anos e 09 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 06 dias-multa, estipulados unitariamente no piso legal. Expeça-se mandado de prisão, após esgotadas as vias recursais nesta instância.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009752-19.2012.8.26.0408, da Comarca de Ourinhos, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado FABIANO BARBOSA COSTA.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento, com observação (alterado o fundamento legal da absolvição para o art. 386, VII, do CPP). V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.588)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), CAMILO LÉLLIS e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 27 de novembro de 2018.

IVAN SARTORI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação ministerial – Violação de suspensão ao direito de dirigir – Absolvição com espeque no art. 386, III, do CPP – Acusação que não carreou provas aos autos – Veredito que se sustenta, ainda que sob fundamento diverso – Recurso desprovido, com observação.

VOTO

Ação penal em que incurso o réu no art. 307 do CTB.

Proposta transação penal, foi aceita (fl.33), mas, descumprida condição (prestação pecuniária), houve denúncia (fl. 45).

Adveio, ao depois, suspensão condicional do processo (fl. 61), nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95, que, posteriormente, foi revogada, diante do descumprimento das condições impostas (fl. 122).

A r. sentença é de improcedência, com absolvição nos termos do art. 386, III, do CPP, diante da atipicidade da conduta.

Recorre a acusação, buscando a condenação nos termos da denúncia (fls. 177/87).

Contrariedades às fls. 196/206.

A Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra da Dr. Marcelo Luiz Barone, é pelo provimento (fls. 228/31).

Recurso bem processado.

É o relatório, adotado, no mais, o de primeiro grau.

Inconsistente o reclamo.

A teor do b.o. de fls. 02/3 e notificação do DETRAN de fl. 06, Fabiano Barbosa Costa, aos 02.07.2012, conduzia o veículo GM/Corsa Hatch placas FDK2008, pela Rodovia BR 153, Km 338, quando foi abordado por policial rodoviário. Ele não portava CNH, tendo apresentado uma notificação, em que constava a informação de que o documento era objeto de procedimento de cassação.

Foi, então, denunciado por ter violado suspensão para dirigir veículo automotor, imposta com fundamento no Código de Trânsito Brasileiro.

Daí este processo.

Na delegacia, o acionado disse que, mesmo sabedor de que a CNH estava em processo de cassação, acabou por infringir a suspensão, tendo em vista que "precisa dirigir, pois faz parte de sua profissão" (fl. 08).

Em juízo, disse que não sabia que a carta estava suspensa. Acreditava que ela estava em processo de suspensão. Não entende muito bem esses procedimentos. Não estava portando a CNH, pois havia perdido o documento.

Acesso ao Sumário

Contratou uma empresa para regularizar sua situação e acreditava possuir uma liminar, autorizando a condução (mídia de fl. 221).

O policial oficiante, Nicola Cherubini, pouco se recordou dos fatos, apenas reconheceu sua assinatura aposta no termo de depoimento da fase inquisitiva (fls.09), ratificando a abordagem realizada (mídia de fl. 158).

Nesse contexto, patente que as provas não favorecem a acusação.

Em suas razões, o *Parquet* argumenta que "*sendo autuado pela prática de novas infrações, razão pela qual teve cassado seu direito de dirigir, por dois anos, em 16.02.2012 (fl. 06). Desta decisão tomou ciência, pois apresentou defesa em 19/07/2012, que não possui efeito suspensivo. A defesa não foi acolhida e a cassação do direito de dirigir foi tornada definitiva, perdurando até 16/02/2014*".

Entanto, o documento apontado pela acusação, de fls. 06, único carreado aos autos, datado de 26.03.2012, traduz notificação do réu apenas para apresentar defesa, no procedimento de cassação de nº 125.054-1/2010.

Tal expediente foi instaurado, porque ele teria descumprido a suspensão anteriormente aplicada, de dois meses (25/08/2011 a 25/10/2011).

Não há, então, nos autos qualquer prova de que havia decisão administrativa ou judicial, a determinar a suspensão da habilitação para dirigir, ao ensejo dos fatos (02.07.2012).

Logo, frágil o conjunto probatório para uma condenação, pairando dúvidas sobre a prática delitiva ou ilicitude da conduta do denunciado.

Certo que há indícios de que o réu estaria com a habilitação suspensa. Contudo, a negativa por ele externada, alegando que não tinha conhecimento quanto à proibição de dirigir na data dos fatos (02.07.2012), não pode ser desprezada.

Logo, mais adequado o "non liquet", máxime em sendo ele primário e de bons antecedentes.

Oportuno consignar que o édito absolutório veio nos seguintes termos: "*imperativa a conclusão de que a violação da suspensão da permissão para dirigir só tipifica o delito ora em discussão quando proveniente de uma decisão judicial (...) Convém rememorar que o apelante teve o direito de dirigir suspenso por autoridade administrativa (Delegado de Polícia Diretor da 71ª Circunscrição Regional de Trânsito), por 12(doze) meses, contados da data em que, surpreendido na direção de veículo automotor em estado de embriaguez corroborado por teste de etilômetro, teve sua CNH apreendida (fls. 61). Segundo a denúncia, ainda na vigência da suspensão, foi ele surpreendido na direção de veículo GM/montana já citado. Destarte, curial é que se conclua pela atipicidade da conduta do acusado, já que a suspensão que violou não foi imposta por decisão judicial, mas administrativa, ressalvados os respeitáveis*

Acesso ao Sumário

entendimentos contrários."(fl.174/5).

Observa-se que houve equívoco no ato sentencial, porquanto os fatos elencados nas razões de decidir não pertencem ao caso.

Repita-se, não há qualquer decisão acostada aos autos, seja administrativa ou judicial, a comprovar a suspensão da habilitação.

No próprio boletim de ocorrência, assim constou: "*No entanto, neste plantão, não havia meios possíveis de averiguar realmente se a CNH está ou não suspensa. O veículo foi entregue para pessoa devidamente habilitada, indicada pelo averiguado*" (fl. 03).

Ainda, respeitado o posicionamento precedente, inaplicável a tese de que tal conduta seria atípica, ao argumento de que a suspensão havia sido aplicada ao réu por autoridade administrativa.

No particular, cumpre verificar que a lei não distingue se a suspensão da permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor decorre de decisão administrativa ou judicial. Exige, apenas, que a suspensão tenha sido imposta com fundamento no CTB, descabendo ao intérprete fazer distinção onde o legislador não o fez.

Saliente-se, inclusive, a incomunicabilidade das instâncias administrativa e penal, de forma que uma mesma conduta pode ser sancionada em ambas as esferas, sem que isso configure "bis in idem", a teor do art. 256, §1º, do CTB.

Nessa senda, precedentes desta Casa de Justiça:

"Apelações. Embriaguez ao volante e violação à suspensão do direito de dirigir. Arts. 306 e 307 do CTB. Sentença que condena o réu pelo art. 306, e o absolve quanto ao art. 307. Recurso do réu. Autoria e materialidade bem firmada por meio de auto de constatação e pela palavra dos policiais. Atual redação do art. 306, §2º, do CTB que revela a desnecessidade de prova técnica para a condenação por embriaguez ao volante. Crime de perigo abstrato. Recurso do Ministério Público. Condenação pelo delito do art. 307. Para o enquadramento no referido tipo, não é necessário que a suspensão do direito de dirigir tenha sido determinada por ordem judicial, sendo bem possível que tenha havido suspensão administrativa. Recurso do réu não provido. Recurso do Ministério Público provido" (Apelação Criminal nº 0000030-02.2014.8.26.0404, 7ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Reinaldo Cintra, j. 02.02.2017).

O fundamento para absolvição aqui é outro, ou seja, há dúvida acerca da real dinâmica do ocorrido, de modo que se coleciona o art. 386, VII, do CPP e não no III.

É o que se observa.

Destarte, mantém-se, no essencial, o r. édito monocrático, alterado,

Acesso ao Sumário

entanto, o fundamento legal da absolvição, na forma acima.

Nega-se provimento, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000173-45.2017.8.26.0546, da Comarca de Mogi-Guaçu, em que é apelante JHONATAN FERREIRA DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.737)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente sem voto), OTAVIO ROCHA e FERNANDO SIMÃO.

São Paulo, 28 de novembro de 2018.

FREITAS FILHO, Relator

Ementa: Receptação e posse ilegal de arma de fogo – Artigo 180, *caput*, do Código Penal, por quatro vezes, e no artigo 16, § único, inciso IV, da Lei 10.826/03, na forma do artigo 69 do Código Penal – Absolvição por insuficiência de provas – Impossibilidade – Condenação por um único delito de receptação – Inatendível – Redução da pena-base para o mínimo legal – Incabível – Afastamento do concurso material, aplicando-se o concurso formal ou crime continuado – Inviável – Fixação de regime aberto para o cumprimento da pena – Inapropriado – Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos – Inadequado – Autoria e materialidade comprovadas – Robusto conjunto probatório – Pena e regime mantidos – Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Conforme informações contidas na denúncia e no acervo probatório,

Acesso ao Sumário

entre os dias 09 de novembro de 2015 e 21 de maio de 2017, na Rua (...), Jardim Paulista, no município de Mogi-Guaçu, o apelante **JHONATAN FERREIRA DA SILVA** adquiriu, recebeu e ocultou, em proveito próprio ou alheio, 01 (um) telefone celular, da marca Samsung, de cor preta, pertencente à vítima I.C.B., sabendo tratar-se de produto de crime.

Consta, também, que entre os dias 15 e 21 de maio de 2017, no mesmo local, o recorrente adquiriu, recebeu e ocultou, em proveito próprio ou alheio, bens diversos pertencentes aos ofendidos M.O.R.D., J.B.D. e R.D., consistentes em 01 (um) veículo automotor VW/Novo Gol, placa (...) Mogi- Guaçu/SP; 01 (uma) televisão marca LG; 01 (um) forno micro-ondas, da marca Eletrolux; 01 (um) aparelho Sony MP4; 01 (um) CD Player, da marca Pionner; 01 (um) faqueiro com 75 peças; 05 (cinco) chaves; 01 (um) relógio, da marca Champion, de pulso; 29 (vinte e nove) peças de bijuterias; 01 (um) telefone celular, da marca LG; 01 (um) notebook, da marca LG; 01 (um) aparelho de som, da marca Ativa; 01 (uma) impressora, da marca HP; bem como 01 (um) secador, da marca Taiff; coisas que sabia serem produtos de crime.

Consta, outrossim, que entre os dias 16 e 21 de maio de 2017, no mesmo local, o acusado adquiriu, recebeu e ocultou, em proveito próprio ou alheio, 01 (uma) motocicleta Honda CG Titan, placa (...) – Mogi-Guaçu/SP, em detrimento da vítima G.H.S., coisa que sabia ser produto de crime.

Consta, ainda, que entre os dias 20 e 21 de maio de 2017, no mesmo local, o réu adquiriu, recebeu e ocultou, em proveito próprio ou alheio, 01 (uma) mala, da marca Wenger, de cor preta; 01 (um) chuveiro elétrico, da marca Lorenzetti; 01 (uma) filmadora, da marca Sony; 01 (um) aparelho eletrônico tablete, da Apple; 01 (uma) etiquetadora, da marca Dymo; 01 (um) guarda-chuva, da marca Voyagem; 03 (três) relógios de pulso, das marcas Citizen e Casio; em detrimento do ofendido E.F.G., coisas que sabia serem produtos de crime.

Consta, por fim, que no dia 21 de maio de 2017, no mesmo local, o apelante possuía 02 (duas) armas de fogo com numeração suprimida, tratando-se de revólveres da marca Taurus, de calibre 32, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Acesso ao Sumário

Em sentença proferida pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Mogi-Guaçu/SP, o recorrente foi condenado à pena de 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 48 dias-multa, no valor mínimo legal, por quatro vezes, com relação ao crime de receptação, bem como à pena de 03 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 10 dias- multa, no valor mínimo legal, com relação ao delito previsto no artigo 16, § único, inciso IV, da Lei 10.826/03, na forma do artigo 69 do Código Penal.

Inconformado, apela a defesa pleiteando, em síntese, absolvição por insuficiência de provas quanto a ambos os crimes. Subsidiariamente, requer a

condenação do acusado por um único delito de receptação. Postula, ainda, a redução da pena- base para o mínimo legal, o afastamento do concurso material, aplicando-se o concurso formal ou crime continuado, a fixação de regime aberto para o cumprimento da pena, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Bem processado o recurso, com a apresentação de contrarrazões (fls. 526/533), opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo seu desprovimento (fls. 539/550).

É o relatório.

O apelo da defesa é inatendível.

Depreende-se do conjunto probatório que no dia 09 de novembro de 2015, o ofendido I.C.B. foi vítima roubo na cidade de Mogi Mirim, oportunidade em que indivíduos ingressaram em sua residência e, mediante grave ameaça exercida com o emprego de armas de fogo, subtraíram diversos bens, dentre eles um telefone celular, da marca Samsung, de cor preta, conforme boletins de ocorrência nºs 5256/2015 e 5361/2017.

Apurou-se que na noite de 15 de maio de 2017, as vítimas M.O.R.D., J.B.D. e R.D. foram vítimas de roubo na cidade de Mogi-Guaçu, oportunidade em que agentes ingressaram em sua residência e, mediante grave ameaça exercida com emprego de armas de fogo, subtraíram diversos bens, dentre eles os acima descritos, conforme boletins de ocorrência nºs 1533/2017, 1555/2017 e 1595/2017.

Apurou-se, também, que na noite de 16 de maio de 2017, o ofendido G.H.S. foi vítima roubo na cidade de Mogi-Guaçu, oportunidade em que agentes subtraíram, mediante grave ameaça exercida com o emprego de armas de fogo, a motocicleta Honda CG Titan, placa (...) – Mogi-Guaçu/SP, conforme boletins de ocorrência nºs 1587/2017 e 1611/2017.

Apurou-se, ainda, que na noite de 20 de maio de 2017, por volta das 22h30min, na Rua (...), Jardim Santa Maria, na cidade de Mogi-Guaçu, o ofendido E.F.G. foi vítima de crime de roubo, oportunidade em que agentes ingressaram em sua residência e, mediante grave ameaça exercida com o emprego de armas de fogo, subtraíram vários objetos, dentre eles os supracitados, conforme boletins de ocorrência nºs 1587/2017 e 1611/2017.

Logo após o crime de roubo descrito no parágrafo anterior, policiais militares em patrulhamento encontraram a vítima E.F.G., a qual lhes narrou o ocorrido e, valendo-se de um telefone celular, conseguiu rastrear seu *tablet* que havia sido subtraído, constatando que ele estava nas proximidades.

Os policiais militares, então, passaram a fazer diligências e identificaram a casa do apelante, cerca de cinco quadras da residência roubada, onde foram apreendidos os bens acima descritos, pertencentes às vítimas I.C.B., J.B.D.,

Acesso ao Sumário

M.O.R.D., R.D., G.H.S. e E.F.G.

Na ocasião, além dos produtos de crimes de roubo antecedentes, os policiais militares apreenderam na residência do recorrente dois revólveres da marca Taurus, de calibre 32, com numeração suprimida, os quais foram reconhecidos pela vítima E.F.G. como os instrumentos empregados no assalto.

O acusado não apresentou documento de porte/posse legal das armas de fogo e, ao ser inquirido na Delegacia de Polícia, admitiu que os objetos roubados que estavam em sua residência e as armas de fogo lhe pertenciam.

Os bens apreendidos foram avaliados em R$ 104.758,00 (cento e quatro mil e setecentos e cinquenta e oito reais), conforme laudo de fls. 123/126.

A materialidade do crime restou comprovada diante do auto de prisão em flagrante delito de fl. 02, auto de exibição e apreensão de fls. 09/11 e 67/73, auto de entrega de fls. 12/14 e 92, boletim de ocorrência de fls. 17/21, 60/66, 74/76, 80/85, 101/103, 108/114, laudo pericial de fls. 120/122 e 270/279, auto de reconhecimento e entrega de objeto de fls. 79, 88 e 91, auto de avaliação de fls. 123/126, bem como das demais provas produzidas durante a instrução criminal.

A autoria do delito também é inconteste.

O apelante JHONATAN FEREIRA DA SILVA, ouvido em sede extrajudicial, confessou a prática dos crimes, confirmando que os objetos roubados e as armas de fogo localizados em sua residência eram seus. Afirmou que sua genitora não tinha conhecimento sobre os delitos e que não pretendia mais se manifestar sobre os fatos (fl. 08).

Posteriormente, ouvido sob o crivo do contraditório, mudou sua versão dos fatos, negando a prática dos crimes. Narrou que estava residindo em Mogi Mirim com sua esposa e, na data dos fatos, resolveu dar um passeio com ela, convidando sua mãe e seu padrasto para irem juntos. Afirmou que ficou no Campo da Brahma até por volta das 23h45min e, ao entrar em casa, já avistou os televisores no fundo da residência. Disse que estranhou e, ao olhar para cima, viu que a garagem estava quebrada, o portão sem uma das folhas e um buraco que dava para a casa do vizinho. Aduziu que perguntou para o vizinho, que lhe contou que havia entrado um carro na casa e que o muro havia sido quebrado. Informou que sua mãe chegou e se prontificou a ligar para a polícia, momento em que a viatura já chegou ao local. Declarou que não tinha ciência da existência dos bens no imóvel, salientando que não pode falar quem foi o responsável porque pode sofrer represálias, vez que recebeu ameaças. Contou que deram um tiro no portão da casa da sua mãe. Alegou que conheceu a pessoa que deixou os bens na sua casa há dez anos, quando estudaram juntos. Não ficou sabendo a razão dessa pessoa ter deixado os bens na sua casa. Não soube explicar porque não constou do laudo pericial a quebra do portão, mas declarou que a avaria

Acesso ao Sumário

realmente existia. Afirmou que a casa ficava trancada, inclusive o portão e a porta de acesso ao imóvel. Disse que, ao chegar em casa, a porta da cozinha estava aberta. Ao visualizar as fotografias de fls. 270/279, explicou que o portão maior, de duas folhas, estava quebrado na parte superior. Afirmou que estava morando em Mogi Mirim há duas semanas. Disse, ainda, que o responsável pela invasão da sua casa está preso na P4, enquanto ele está na P5 do mesmo CDP (vide mídia).

No entanto, sua confissão extrajudicial veio corroborada pelas provas colhidas. Já decidiu o Supremo Tribunal Federal que "*as confissões judiciais ou extrajudiciais valem pela sinceridade com que são feitas ou verdade nelas contidas, desde que corroboradas por outros elementos de prova inclusive circunstanciais*". (RTJ 88/371).

Há de se considerar que a confissão extrajudicial e a respectiva retração, em sede judicial, é expediente usual. Para que a retratação possa surtir efeitos é necessária a existência de qualquer tipo de prova a confirmá-la. No caso em exame, as provas dão conta da veracidade da confissão extrajudicial, que deverá prevalecer.

No entender de MAGALHÃES NORONHA, "*A retratação tem efeitos relativos. Ela não prevalece sempre contra a confissão, pois o juiz formará sua convicção através do conjunto de provas. A regra do procedimento penal, entre nós, é o acusado confessar o delito na Polícia e retratar-se no interrogatório judicial, alegando sempre ter sido vítima de violência daquela. Entretanto, essa retratação, desacompanhada de elementos que a corroborem, não desfará os efeitos da confissão extrajudicial, se harmônica e coincidente com os outros elementos probatórios*". (Curso de Direito Penal, pág. 110).

A confissão, quando livre e espontaneamente prestada, serve como importante elemento de convicção para evidenciar a autoria e amparar a condenação, quando encontrar sustentação nos demais elementos de convicção produzidos.

De fato, no presente caso, a confissão do recorrente encontrou total respaldo nas demais provas carreadas aos autos.

Nesse sentido:

"a confissão extrajudicial do réu, exceto se provar que o fez sob coação, é valiosa para aferir-lhe a culpabilidade, sobretudo se em harmonia com os demais elementos do processo, e pode legitimar decreto condenatório" (RT 811/642).

Este também é o entendimento do notável jurista Damásio E. de Jesus:

"De acordo com a orientação do STF, a confissão feita no inquérito policial, embora retratada em juízo, tem valia, desde que não elidida 'por quaisquer indícios ponderáveis, mas, ao contrário, perfeitamente ajustável aos fatos apurados' (RCrim 1.261, DJU 2.4.76, p. 2225. Assim, as 'confissões

Acesso ao Sumário

extrajudiciais valem pela sinceridade com que são feitas ou verdade nelas contida, desde que corroboradas por outros elementos de prova' (RCrim 1.312, DJU 7.11.78, p. 8823, RTJ 88/371) (Código de Processo Penal Anotado, Ed. Saraiva, 22ª ed., 2006, p. 182).

Portanto, a confissão que não conflita com as demais provas produzidas, é marco indelével da autoria, autorizando e servindo como fundamento para uma decisão condenatória.

A vítima G.H.S. narrou que na data da subtração, estava cortando o cabelo sentado de costas para a porta, oportunidade em que dois indivíduos entraram no estabelecimento usando capacetes. Descreveu os agentes como sendo um moreno e outro claro, ambos magros, salientando que os dois apontaram armas para a sua cabeça e pediram a chave da sua motocicleta. Disse que foi rendido juntamente com o cabeleireiro, sendo levados para os fundos do salão, recebendo ameaças dos roubadores. Alegou que entregou a chave, seguindo-se a saída dos agentes do local na posse de seu veículo. Afirmou ter conseguido ver o rosto do indivíduo claro que o rendeu, alegando que ele possui sardas no rosto e é magro. Informou ter recuperado sua motocicleta quatro dias após o roubo, salientando que a pessoa que lhe foi apresentada na Delegacia de Polícia não era o assaltante. Disse que a motocicleta foi encontrada na mesma rua onde mora, razão pela qual reconheceria o recorrente, que é seu vizinho, caso ele tivesse sido o roubador. Informou que conhece o acusado e que vizinhos lhe contaram que ouviram os ruídos provenientes da desmontagem da motocicleta nos dias seguintes ao assalto. Informou que nunca foi abordado ou ameaçado pelo réu (vide mídia).

O ofendido E.F.G. declarou que na data dos fatos, estava em sua casa com sua esposa, sua filha e com o namorado desta, oportunidade em que o cachorro da família começou a latir e se levantou para ver o que estava ocorrendo, oportunidade em que se deparou com um indivíduo armado no corredor do imóvel, o qual lhe exigiu a entrega da maleta de relógios. Afirmou que foi levado para o quarto, onde sua filha e o namorado já haviam sido rendidos por outro agente. Disse que os assaltantes vasculharam a casa e lhe obrigaram a levar bens da casa para o carro da família. Asseverou que houve a subtração de três televisores, um monitor, vídeo-game, dois notebooks, HD, bebidas, roupas e o carro. Esclareceu que os assaltantes não usavam capuzes, afirmando que um deles utilizava o gorro do agasalho de moletom e o outro, que era mais velho e franzino, fazia uso de um boné. Disse que não viu a fisionomia dos agentes com detalhes, já que eles falavam que não os encarassem, proferindo ameaças. Afirmou que os moradores da casa foram trancados no quarto de sua filha e, quando conseguiu sair com a ajuda da vizinha, já se depararam com a viatura policial, que havia parado no local por conta da movimentação. Narrou que a pessoa que lhe foi apresentada na Delegacia de Polícia é semelhante a um dos

Acesso ao Sumário

assaltantes, mas, como não a viu diretamente, não tem certeza se é o mesmo indivíduo, embora o biotipo seja o mesmo. Ao visualizar o apelante em Juízo, disse que se trata da mesma pessoa que lhe foi mostrada na Delegacia de Polícia, não podendo afirmar com certeza se era um dos assaltantes. Instado sobre o fato de ter constado do boletim da PM o reconhecimento do recorrente, afirmou que, ao chegar na Delegacia, um dos policiais lhe mostrou uma fotografia em um celular e, ao visualizar a imagem, falou que era a pessoa que estava em sua casa. Alegou, no entanto, que ao olhar para o acusado pelo vidro, não teve a mesma certeza. Afirmou que os policiais que estavam na frente da sua casa entraram no imóvel, constatando que não havia arrombamento. Disse que um dos objetos subtraídos foi um Ipad, que conseguiu rastrear por seu celular, seguindo-se o deslocamento dos policiais ao local indicado, encontrando o referido aparelho, três relógios, uma câmera filmadora e guarda-chuva, que reconheceu como sendo de sua propriedade. Estimou em cerca de uma hora e meia o tempo decorrido entre a subtração e a localização dos bens, salientando que a distância entre sua casa e o imóvel em que estavam os bens também é pequena. Alegou que não conhecia o apelante. Acrescentou ter visto algumas armas na Delegacia de Polícia, as quais eram muito semelhantes àquelas utilizadas no assalto em sua casa, afirmando que eram instrumentos pequenos e aparentemente velhos. Afirmou que o roubo na sua casa ocorreu por volta das 22h20mim ou 22h30min, horário em que havia começado a assistir a um filme na televisão. Aduziu que o Ipad subtraído estava ligado e o seu rastreamento ocorreu logo após a sua saída da casa e encontro com policiais que estavam no local. Disse que somente o recorrente lhe foi mostrado na Delegacia de Polícia para reconhecimento, negando a exibição dos familiares do acusado que compareceram ao local (vide mídia).

A vítima J.B.D. relatou que foi alvo de um roubo no mês de maio. Disse que, na referida data, ao ingressar na sua casa com sua esposa, dois indivíduos aproveitaram a abertura do portão basculante e entraram com uma moto no local, rendendo o casal com uma arma de fogo. Afirmou que os assaltantes entraram na casa e perguntaram se havia mais alguém no imóvel, ao que respondeu que sua filha estava dormindo. Informou que sua filha foi rendida e todos foram levados para um quarto por um dos assaltantes, enquanto o outro passou a carregar objetos da casa para o carro. Alegou que houve a subtração de uma televisão, computador, micro-ondas, celulares, roupas e o carro da sua filha. Declarou que não conseguiu visualizar as características físicas dos roubadores em razão do nervosismo com a situação e porque os indivíduos usavam capacetes e recomendavam que não fossem encarados. Esclareceu que quase todos os bens foram recuperados cinco dias após o assalto. Disse que ficou sabendo na Delegacia de Polícia que os bens foram recuperados nas proximidades do supermercado WalMart, salientando que não reconheceu os indivíduos que lhe

Acesso ao Sumário

foram apresentados na Delegacia de Polícia (vide mídia).

No mesmo sentido foram as declarações da ofendida M.O.R.D., que acrescentou que os dois assaltantes foram embora de sua residência na posse dos bens subtraídos com o carro de sua filha e com a motocicleta com a qual chegaram ao local. Narrou que um dos assaltantes revirou os quartos da casa, enquanto o outro vigiou os moradores, não vendo suas características físicas por conta do nervosismo e porque ele utilizava capacete. Disse ter notado apenas, por ocasião da entrega do celular, que um dos roubadores tinha pele clara. Informou que quase todos os bens foram recuperados. Afirmou que o assalto ocorreu em uma segunda-feira e a recuperação dos bens se deu no sábado, quando foram chamados de madrugada para comparecerem à Delegacia de Polícia. Contou que não reconheceu os indivíduos que lhe foram apresentados na Delegacia de Polícia (vide mídia).

A vítima R.D. declarou que foi vítima de um crime de roubo. Afirmou que, na data do ocorrido, já havia deitado e estava aguardando o retorno de seus pais, quando escutou a entrada do carro dos pais, além do barulho de uma motocicleta e algumas vozes, mas pensou que se tratava de alguma pessoa conhecida. Afirmou que, em seguida, dois indivíduos que usavam capacete entraram no seu quarto, lhe mandaram sair da cama, acender a luz e ficar quieta, anunciando o assalto. Informou que um dos roubadores pegou imediatamente o seu celular, enquanto o outro agente foi até o quarto de sua mãe e passou a recolher os objetos para subtração. Alegou que os assaltantes levaram televisão, micro-ondas, DVD, radio, dois celulares, HD externo, notebook, impressora, aparelho de jantar, roupas, produtos da Natura, bijuterias e o seu veículo. Aduziu que a maioria dos bens foi recuperada no sábado subsequente ao roubo, que ocorreu em uma segunda-feira. Instada sobre a observação de alguma característica dos assaltantes, afirmou que o indivíduo que ficou vigiando as vítimas era mais forte em relação ao outro e usava moletom de mangas compridas e capacete. Disse que ficou sabendo por intermédio dos policiais que o seu veículo foi encontrado perto de um salão de festas chamado Arlequim, situado nas proximidades do supermercado WalMart, na casa do indivíduo que foi preso, onde também foram encontrados os demais objetos recuperados. Informou que seu carro é um Gol branco, salientando que, no dia em que foi à Delegacia de Polícia, visualizou os dois homens que estavam na casa, mas não os reconheceu como sendo os assaltantes, os quais praticaram a ação usando capacetes. Disse que a voz de um deles lhe pareceu familiar, mas não soube afirmar com certeza se se tratava do roubador (vide mídia).

Acesso ao Sumário

O policial militar ANDRÉ LUIS declarou que, na data dos fatos, estava realizando patrulhamento nas proximidades da Avenida dos Trabalhadores, recebendo a informação da ocorrência de um roubo à residência, o qual teria sido praticado por dois indivíduos, resultando na subtração de objetos e do

veículo do ofendido. Afirmou que, durante a conversa, a vítima se lembrou de que um aparelho eletrônico possuía rastreador, conseguindo visualizar o local aproximado onde ele estaria. Disse que foi realizado patrulhamento pelas imediações, ocasião em que teve a sua atenção despertada pela existência de uma marca de barro deixada por pneus em uma residência próxima. Informou ter visto por uma fresta uma movimentação de pessoas no quintal da casa e alguns eletrônicos. Asseverou que entrou no local, encontrou as televisões em uma cobertura na parte da frente da casa e se deparou com o acusado, a namorada dele, a mãe e outro indivíduo. Disse que o réu, ao ser indagado, respondeu que um carro havia parado no local, descarregado os objetos e ido embora. Informou que, em buscas no interior da residência, localizou diversos aparelhos, peças de moto desmontada, um chassi do lado externo e um veículo Gol branco no quintal da casa, também produto de roubo. Afirmou que o Ipad subtraído estava no quarto da genitora do apelante, além de vários eletrônicos em todos os cômodos da residência. Esclareceu que não conhecia o recorrente. Calculou em cerca de quinze a vinte minutos o tempo decorrido desde a informação do roubo até a localização dos bens. Esclareceu que também houve a localização de duas armas de fogo na parte externa da residência, dentro carrinho de cachorro-quente, abandonadas e com numeração raspada. Informou que o dono do Ipad, em conversa informal, reconheceu o acusado como sendo um dos autores do roubo, não mais o reconhecendo após a lavratura do boletim de ocorrência. Disse que a vítima de outro roubo, que era proprietária do veículo Gol, reconheceu os objetos subtraídos e também o armamento, enquanto o dono da motocicleta roubada não se lembrou do acusado. Instado sobre as condições do portão e do muro da casa, afirmou a existência de vestígios na lateral, provavelmente deixados quando o veículo saiu do local. Afirmou que o veículo foi posteriormente localizado em um bairro vizinho por outra equipe e apresentava avarias que coincidiam com os danos no muro. Relatou que a vítima E. não reconheceu o apelante na Delegacia de Polícia. No tocante às armas, disse que o réu afirmou que um indivíduo desconhecido adentrou no local com o veículo, descarregando os equipamentos e o armamento (vide mídia).

No mesmo sentido foi o depoimento do policial militar EVANDRO FONSECA DOS REIS, acrescentando que a vítima acionou a polícia e noticiou a prática de um roubo em sua residência por dois indivíduos armados, os quais carregaram o veículo Fiat/Toro da família com o produto da subtração e deixaram o local. Relatou que o ofendido rastreou o Ipad que tinha sido subtraído, deslocando-se até o local apontado. Disse que o portão da casa estava entreaberto, permitindo a visualização de dois rapazes e duas moças no quintal do imóvel, além de televisores na varanda da casa. Informou que ingressou no imóvel e realizou a abordagem dos indivíduos, encontrando uma motocicleta desmontada e um veículo Gol branco, ambos produtos de roubo. Disse que, em

Acesso ao Sumário

busca no interior do imóvel foram localizados diversos objetos reconhecidos pela vítima e também pertencentes a vítimas de outros crimes, além de duas armas, cada qual municiada com um projétil, no interior de uma carrocinha de cachorro-quente. Afirmou que o réu, ao ser questionado sobre os objetos, disse que um indivíduo entrou com uma caminhonete, dispensou os produtos na casa e saiu em seguida, não sabendo do que se tratava. Alegou que a vítima do roubo reconheceu o acusado para os policiais como sendo um dos assaltantes, mas em seu depoimento policial o ofendido não reconheceu o réu. Calculou em menos de vinte minutos o tempo que decorreu entre o recebimento da informação do roubo e a chegada à casa do réu, estimando em cerca de quinhentos metros a distância entre os dois pontos. Informou que não conhecia o apelante. Disse, ainda, que os objetos encontrados na casa do recorrente estavam espalhados por todo o imóvel, ou seja, no quarto, na sala, na cozinha, na varanda do lado de fora da casa. Relatou que a motocicleta estava desmontada e o veículo estava com a chave, sendo que a proprietária do carro, de nome R., reconheceu o acusado como sendo um dos autores do roubo ocorrido na residência dela, tendo mantido contato com a referida vítima na Delegacia de Polícia. Não se recordou o horário em que chegou à residência do réu. Instado, respondeu que havia uma quebra no muro da casa, além de marcas de terra de pneu indicando que um veículo tinha saído do local (vide mídia).

A testemunha de defesa D.C. narrou que é amigo do apelante e que, na data dos fatos, estava com ele e com sua namorada em um Beer no Campo da Brahma. Disse que passou o cartão no estabelecimento às 22h14min e saiu do local com sua namorada às 23h45min, sendo que o recorrente lá permaneceu, tomando conhecimento do ocorrido no dia seguinte. Alegou que no citado Beer estavam o acusado, a namorada dele, a mãe e o namorado dela à época. Informou que conhecia o réu há cerca de cinco anos, nunca tendo ouvido comentários sobre o envolvimento dele com a Justiça ou com a Polícia e nem com más companhias. Afirmou que o apelante trabalhava à época do ocorrido na Nuclear Eventos, na parte de iluminação e montagem de palco. Afirmou que o recorrente residia no bairro próximo ao da sua residência, bem como já ter ido à casa do acusado, a qual possui um portão pequeno na frente e outro grande atrás, permanecendo sempre fechados. Disse, ainda, que o réu tinha comprado uma motocicleta e acredita que ele tivesse vendido um carro Monza (vide mídia).

A testemunha de defesa F.G. declarou que o apelante é amigo de seu noivo, tendo mantido contato com ele no dia do ocorrido. Afirmou que saiu de um Beer e encontrou o recorrente em outro estabelecimento por volta das 22h20min e lá permaneceram até aproximadamente 23h45min. Alegou que o referido estabelecimento é o "RC Beer", que fica em frente à Concha Acústica do Campo da Brahma. Informou que conhece o recorrente há aproximadamente cinco anos, não tendo conhecimento de qualquer problema dele com a Polícia.

Acesso ao Sumário

Alegou que a mãe do acusado e o namorado dela também estavam no local. Informou nunca ter ido à casa do réu, não sabendo se ele possuía algum veículo (vide mídia).

A testemunha D.F.R., genitora do apelante, relatou que os objetos e as armas foram apreendidos em sua casa, mas foram colocados por terceiro no local. Disse que não estava ficando no imóvel, pois o recorrente morava na casa da namorada em Mogi Mirim e ela na mesma cidade na residência do seu namorado há cerca de uma semana e meia. Afirmou que, na data dos fatos, foi com o filho, com a namorada dele, com seu namorado e com o casal D. e F. dar uma volta no Campo da Brahma e retornaram para casa para dormir. Alegou que se depararam com o muro quebrado, o portão aberto, a garagem destruída, a porta da cozinha aberta e as coisas dentro da casa. Afirmou não ter dado pela falta de nada da casa. Alegou que o portão foi deixado trancado com chave, não sabendo explicar o que provocou o dano no muro. Disse que a vizinha contou que um carro tinha entrado com tudo no local. Informou ter saído do Campo da Brahma por volta de 23h45min, chegando em casa aproximadamente à 0h05min, sendo que os policiais chegaram ao local cerca de cinco minutos depois. Informou que o acusado e T. chegaram primeiramente ao local, salientando que, ao pegarem o telefone para acionar a Polícia, os policiais já chegaram e os abordaram, conduzindo todos à Delegacia de Polícia. Explicou que, na Delegacia de Polícia, ficou para fora com T. sendo xingadas de vagabundas e biscates pelos policiais, enquanto T. e o apelante ficaram dentro da repartição. Alegou que a Delegada queria que ela assumisse a posse dos bens ou a atribuísse ao acusado, sob pena de prisão, mas se recusou a falar algo que não existia. Informou que ficou presa em uma sala, até que o réu foi chamado e assumiu que era tudo dele para que ela não ficasse detida. Informou que descobriu posteriormente quem deixou as coisas na casa, mas não falou nada para a Polícia porque o responsável, que está preso em Hortolândia, fez ameaças para o apelante e para seu vizinho (vide mídia).

A testemunha T.S., padrasto do recorrente, narrou que estava presente na ocasião da prisão do acusado. Afirmou que estava em Mogi Mirim e foram para a casa do réu em Mogi-Guaçu, de lá seguindo para um Beer no Campo da Brahma, permanecendo no local até 23h45min. Disse que, ao chegar na casa do apelante, ele já estava no local, pois tinha chegado há cerca de quinze minutos, tendo se deparado com várias coisas jogadas no imóvel, além do portão caído e um buraco no muro. Informou que o apelante estava assustado com as coisas que tinha encontrado no local. Afirmou que estavam no rancho da casa um carro, televisões, uma moto depenada, um monte de celulares e armas. Contou que desconhece que o recorrente tenha inimigos, não sabendo a razão de alguém ter deixado os bens no local. Disse que descobriram junto aos vizinhos quem despejou as coisas no imóvel, não sabendo dizer o nome do indivíduo. Afirmou

Acesso ao Sumário

que não conhece os vizinhos que prestaram a referida informação. Informou que a mãe do acusado estava morando na sua companhia em Mogi Mirim, enquanto o acusado residia com a namorada dele, sendo que a casa ficava fechada, passando esporadicamente no local para dar uma olhada no imóvel. Narrou que os policiais chegaram logo em seguida na casa, sendo conduzidos à Delegacia de Polícia, onde foi algemado com o réu em uma sala, enquanto a mãe e a namorada dele ficaram em outra. Disse que uma vítima foi chamada, mas não os reconheceu. Informou que, ao chegar na casa, o apelante estava assustado e chamou a mãe para ver o tinha dentro do imóvel, seguindo-se a chegada da Polícia. Não soube explicar porque somente o recorrente foi preso (vide mídia).

A testemunha T.M.S., namorada do acusado, declarou que, na data dos fatos, saiu com ele da sua casa por volta das 19h00 para passearem no Campo da Brahma em Mogi-Guaçu. Afirmou que ficaram sentados em um Beer com a mãe, o padrasto e amigos dele até 23h45min. Disse que saíram do local e se dirigiram à casa do réu, onde encontraram um portão meio quebrado, a porta encostada e as coisas na sala. Informou que a mãe do apelante chegou e logo em seguida os policiais, que lhe xingaram e conduziram todos à Delegacia de Polícia. Afirmou que o recorrente assumiu na Delegacia para que sua mãe não fosse presa, pois a Delegada falou que iria prendê-la. Informou que a referida casa é da mãe do acusado, sendo que residem no local o réu, a mãe e a irmã dele. Instada se eles não estariam residindo em Mogi Mirim, respondeu que a mãe dele estava morando com o padrasto e que o apelante tinha ido morar na sua casa durante quinze dias. Afirmou desconhecer que o recorrente tenha inimigos, pois ele é muito bom. Não soube informar a razão de alguém guardar os produtos na casa dele, ressaltando que talvez tenham aproveitado a ausência dele no imóvel. Disse que havia um carro na casa, televisões, computador, celular, moto e duas armas. Informou que o acusado e o padrasto dele foram apresentados às vítimas na Delegacia de Polícia, mas não foram reconhecidos. Esclareceu que D. e F., amigos do recorrente, também estavam no Beer na data dos fatos, salientando que ficaram no local até 23h45min. Alegou que o acusado estava na sua casa há quinze dias, período em que o imóvel vistoriado estava fechado, já que a mãe dele estava com o padrasto. Disse que o réu trabalhava à época dos fatos como técnico de iluminação e que ele não dava a chave da casa para ninguém, explicando que o portão dos fundos podia ser aberto com a liberação dos trincos, pois não ficava trancado. Alegou que sabe quem foi o responsável pelo armazenamento dos bens no local, mas não pode falar o nome da pessoa porque o apelante já foi ameaçado (vide mídia).

Acesso ao Sumário

A testemunha M.A.M.S., sogra do recorrente, não presenciou a prisão dele. Afirmou que o acusado estava morando na sua casa há cerca de quinze dias, o qual trabalhava e era um bom rapaz, desconhecendo qualquer envolvimento dele com delitos. Informou que o réu estava na sua casa do dia da prisão, saindo

às 19 horas com a T., sua filha. Alegou que, na semana que antecedeu a prisão do apelante, ele não saiu de casa à noite, pois choveu. Informou desconhecer qualquer inimizade do recorrente com outras pessoas (vide mídia).

O crime de receptação, cometido sempre na clandestinidade, é daqueles que pode ser comprovado por indícios veementes de que o agente, como no caso em questão, tem ciência da origem criminosa do bem, e o mantém em seu poder.

Ainda, é notório que, em se tratando de receptação, a prova do conhecimento da origem ilícita da coisa é muito difícil quando o agente não assume o fato. Eis que as circunstâncias que envolvem a apreensão da coisa e a conduta do agente, podem levar à conclusão de que ele conhecia a origem criminosa do objeto que recebeu.

Ademais, as provas do delito são suficientes para caracterizar a conduta delitiva dolosa do apelante, que adquiriu, recebeu e ocultou os bens sabendo das respectivas origens criminosas, sendo incontroverso que exerceu a detenção direta dos mesmos, praticando o delito de receptação tal como imputado na denúncia reconhecido na r. sentença recorrida. A propósito o entendimento jurisprudencial sobre o peso dos indícios no crime de receptação:

"Apelação Criminal. RECEPTAÇÃO QUALIFICADA – Caracterização – A aferição do doto, na espécie, se extrai do exame das circunstâncias e indícios que envolvem a prática delituosa – A prova é sutil e difícil, dai avultando a importância dos fatos circunstanciais que envolvem a infração e a própria conduta do agente – A jurisprudência tem reconhecido que a posse injustificada da "res" inverte o ônus da prova, de tal sorte que é perfeitamente possível atribuir a responsabilidade pelo crime de receptação dolosa ao agente que é surpreendido na posse de bem de origem espúria e não apresenta justificativa cabal e palpável a respeito do fato – Descabida, portanto, a desclassificação para a modalidade culposa – Recurso improvido. (Apelação Criminal n. 99307025980900 - Registro – 9ª Câmara de Direito Criminal - Relator: Antônio Sérgio Coelho de Oliveira - 28/01/2010 - 8949)".

"PROVA – Indícios – Receptação – Valor: – Tratando-se de receptação, os indícios adquirem especial e relevante valor, pois o crime exige a clandestinidade para a sua realização, não havendo, em regra, testemunhas." Apelação nº 1.342.065/3 – Jacupiranga – 16" Câmara – Relator: Almeida Sampaio – 4.8.2003 – M.V. (Voto n" 8.595) (TACrim - Ementário n° 48, Dezembro/2003, pág. 27)".

"Ementa: a absolvição em razão da ausência de dolo – Descabimento – Prova segura e convincente – Materialidade e autoria demonstradas – Os indícios revelados pelo conjunto probatório e a ausência de justificativa plausível quanto à posse dos bens, demonstram que o acusado tinha plena ciência de sua origem ilícita – Condenação Mantida – Recurso improvido." (TJSP – AP 0002987-21.2008.8.26.0360. Relator: Alexandre Almeida. 11ª Câmara de Direito Criminal. Data do julgamento: 18/01/2012).

Outrossim, não há nenhuma razão para invalidar os depoimentos dos

Acesso ao Sumário

policiais militares, pois não se observa no presente caso qualquer intenção deliberada em prejudicar o recorrente.

Como se percebe, os milicianos relataram, em uníssono e com segurança, a prática do crime pelo acusado. Inexistem nos autos elementos que lancem dúvidas sobre a isenção e integridade dos agentes da lei, presumindo-se legítimas, até prova em contrário, os depoimentos de pessoas escolhidas pelo Estado para desempenhar a nobre função de proteção da população, vez que paradoxal seria adiantar-lhes a confiança necessária para que assumissem tal tarefa e recusar-lhes idêntico crédito quando viessem depor em Juízo.

E ante o sólido e invariável conjunto de depoimentos dos agentes da lei, as escusas cambiáveis e ligeiras do acusado e das testemunhas de defesa se desacreditam totalmente.

O quadro delineado a partir desses depoimentos e dos depoimentos das testemunhas de acusação permite afirmar, quando cotejado com as circunstâncias da prisão em flagrante delito, que o réu efetivamente praticou o crime narrado na denúncia.

Nota-se que o apelante sabia da origem ilícita dos bens, haja vista a ausência de documento que legitimasse a sua posse, a multiplicidade de bens e vítimas, a confissão ocorrida em sede policial, bem como o fato de os roubos antecedentes terem sido cometidos em circunstâncias similares, a evidenciar que o recorrente atuava como receptador de produtos de crimes.

Não é crível a tese defensiva de que o imóvel do acusado foi arrombado e terceiro deixou os bens naquele local, sem o seu aval. Nota-se que os bens receptados não estavam acondicionados em um único local no imóvel, mas, ao contrário, estavam espalhados, inclusive pelo interior da casa, existindo bens receptados em todos os cômodos do imóvel, conforme se depreende do laudo pericial de fls. 270/279.

Ainda, não haveria qualquer razão para que o vizinho que comunicou a suposta invasão de domicílio não fosse identificado para que contribuísse com o trabalho policial e pudesse confirmar em Juízo a aventada boa-fé do réu.

Acesso ao Sumário

Outrossim, a presença do apelante no estabelecimento "Beer" no momento do último delito não altera o panorama probatório, já que ele efetivamente recebeu e ocultou no seu imóvel os bens produtos de ilícito. Ademais, o fato do recorrente estar morando na residência de sua namorada em nada impede a prática do crime, já que ele poderia perfeitamente utilizar o imóvel para fins ilícitos. Ainda, o fato de o muro da residência ter sofrido dano por ocasião da entrada de um veículo no local não significa que o ingresso no imóvel se deu de forma clandestina.

Igualmente inverossímil a tese defensiva de que a confissão do acusado ocorrida em sede policial se deu pelo temor deste em sua genitora ser presa, pois

se a mesma fosse suspeita, independentemente da confissão do réu, poderia ser presa também.

Por fim, igualmente não há que se falar em absolvição quanto ao delito previsto no artigo 16, § único, inciso IV, da Lei 10.826/03.

O réu confessou, embora apenas em sede extrajudicial, que ambas as armas apreendidas pelos policiais militares lhe pertenciam e estavam guardadas em sua residência.

Ainda, o laudo pericial de fls. 120/122 comprova que as armas de fogo apreendidas no imóvel ostentavam plenas condições para a realização de disparos.

Portanto, as provas carreadas aos autos são suficientes para embasar a condenação do apelante, pois revelou que este, efetivamente, praticou o delito de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito.

Outrossim, o referido crime é de mera conduta e de perigo abstrato, ou seja, prescinde de demonstração de ofensividade real, pouco importando a intenção do acusado de efetiva utilização da arma de fogo.

Portanto, impossível se falar em absolvição do recorrente, uma vez que conjunto probatório é suficientemente claro e seguro para manter a r. decisão de primeiro grau, pois evidente que a condenação é medida de rigor.

O juiz *a quo* aplicou a pena na sentença, condenando o apelante, com relação ao delito previsto no artigo 16, § único, inciso IV, da Lei 10.826/03, à pena-base de 03 anos de reclusão, e ao pagamento de 10 dias-multa, no valor mínimo legal, e, com relação ao crime de receptação, em ½ acima da pena-base, perfazendo 01 ano e 06 meses de reclusão, e ao pagamento de 15 dias-multa, no valor mínimo legal, tendo em vista as consequências do crime, assim como o valor dos bens apreendidos, avaliados no total de mais de R$ 100.000,000 (cem mil reais).

Não há que se falar em fixação da pena-base no mínimo legal quanto ao crime de receptação, diante do significativo valor econômico dos bens receptados, imprimindo maior gravidade ao delito.

Com relação à fixação da pena- base, a mesma foi fixada dentro dos limites legais e se encontra devidamente motivada, individualizada e adequada à hipótese dos autos, conforme dispõe o artigo 59 do Código Penal, não se cogitando qualquer redução.

Certamente, o princípio da obrigatoriedade de individualização das penas, para ser cumprido integralmente, exige que sejam considerados vários requisitos, como os antecedentes, conduta social e personalidade do agente (Const. Fed., art. 5º, incs. XXXIX, 2ª parte, e XLVI; Cód. Pen., arts. 53, 59, inc. II, e 68, *caput*, Cód. de Proc. Pen., arts. 6º, inc. IX, e 387, inc. II).

"Há - como diz o afamado Enrico Ferri - em todo crime, um aspecto

Acesso ao Sumário

causal (bem jurídico ofendido ou posto em perigo) e um aspecto sintomático (periculosidade do seu autor), mas este tem uma importância preponderante, pois que a justiça penal deve servir à defesa social e, por isso, deve avaliar a potência ofensiva do delinquente, que pode ser diversa da gravidade do crime" (Princípios de Direito Criminal: o Criminoso e o Crime, trad. bras. de Luiz Lemos D'Oliveira, 1ª ed., Russell, 2003, § 57, pág. 278).

Destarte, quando cuida "Da aplicação da pena", o ordenamento jurídico impõe que ela se "estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime" (Cód. Pen., art. 59, *caput*).

Cumpre, pois, adaptar a sanção repressiva para o crime à periculosidade do criminoso (temibilidade), tendo-se em linha de conta o seu caráter (personalidade), ou seja, procedendo-se à diagnose biossocial do delinquente. A respeito, o Col. Supremo Tribunal Federal já decidiu que, cf.: "(...) A importância de se valorarem as circunstâncias do crime na dosimetria da pena decorre justamente da necessidade de que as sanções sejam proporcionais à lesividade das condutas (...)" (RHC 84.571/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 7.12.2004).

E, o E. Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já decidiu que: "Inexiste constrangimento ilegal na fixação da pena-base quando são levados em consideração elementos concretos dos autos, aptos a justificar a exasperação da reprimenda-base a título de personalidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime. 3. É inviável mensurar matematicamente o aumento da pena-base, de forma a se atribuir igual acréscimo de pena para cada circunstância judicial considerada negativa. A lei confere ao julgador certo grau de discricionariedade na análise das circunstâncias judiciais, devendo ser avaliado se a fundamentação exposta é proporcional e autoriza a fixação da pena-base no patamar escolhido.(...)" (AgRg no REsp n. 1.252.747/MS, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, j. 17.12.2013).

Consigno, ademais, que a fixação da pena privativa de liberdade fica a critério do Magistrado sentenciante, dentro da chamada discricionariedade regrada, a qual tem por limite as balizas legais, não podendo o sentenciado escolher a que melhor lhe aprouver.

Acesso ao Sumário

Aliás, já se pronunciou o E. Superior Tribunal de Justiça a respeito: "(...) Ademais, não há direito líquido e certo à pena mínima ou à determinada pena, nos aspectos quantitativos ou qualitativos, mas sim direito à pena aplicada de forma fundamentada pelo julgador, no exercício da discricionariedade regrada prevista na legislação (...)" (HC 187.557/SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., J. 8.11.2011).

Por isso, justificável a exacerbação da pena, sendo certo que o acusado não tem direito subjetivo à estipulação da sanção no mínimo legal, podendo o magistrado majorá-la a fim de alcançar os objetivos da pena (JCAT, 81-82/666).

Tendo em vista a atenuante menoridade relativa do réu, a pena quanto

ao crime de receptação foi reduzida em 1/6, atingindo o patamar de 01 ano e 03 meses de reclusão, e pagamento de 12 dias-multa, no valor mínimo legal. Quanto ao delito previsto no artigo 16, § único, inciso IV, da Lei 10.826/03, a referida atenuante não foi aplicada, uma vez que circunstâncias atenuantes não têm o condão de reduzir a pena aquém do patamar mínimo previsto pela lei, conforme o que dispõe a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Tendo em vista que ocorreram quatro crimes diversos de receptação, houve o reconhecimento do concurso material, sendo as penas foram somadas, totalizando 05 anos de reclusão, bem como ao pagamento do montante equivalente a 48 dias-multa, no valor mínimo legal.

No que tange ao reconhecimento do concurso material, este foi correto, eis que os crimes de receptação foram praticados mediante mais de uma ação, com desígnios autônomos, atingindo mais de um bem jurídico, exatamente como descrito no art. 69, *caput*, do Código Penal.

Incogitável o reconhecimento de crime único, tampouco o concurso formal de delitos ou a continuidade delitiva, isso porque os diversos bens receptados pertenciam às vítimas distintas, as quais foram vítimas de crimes de roubo em datas diferentes, não se ignorando que entre o primeiro roubo e o segundo houve considerável decurso de tempo, cerca de um ano e seis meses.

Outrossim, as condutas são independentes entre si, dotadas de elementos subjetivos distintos. Assim, não se pode dizer que as condutas sejam derivadas do mesmo liame subjetivo.

Trata-se, à evidência, de reiteração criminosa, tornando o réu criminoso habitual (*consuetude delinquendi*), que faz do crime uma profissão e demonstra possuir um desajuste social incorrigível. Tal comportamento é incompatível com o espírito da continuidade delitiva prevista na lei brasileira.

Realmente, "Não tem culpabilidade diminuída e não se enquadra como autor de crime continuado o delinqüente profissional, que faz do crime um modo de vida, e programa a reiteração, visto a prática repetida do delito da mesma espécie constituir a sua fonte de subsistência ou de renda. Neste caso, não é a realização do crime anterior a razão facilitadora da resolução pelo subseqüente, razão por que o delinqüente profissional não merece o benefício do crime continuado, pois age presidido por uma resolução conjunta, sendo maior a sua culpabilidade. A unidade de desígnio é exatamente o estado de espírito contrário ao que justifica o benefício da continuação delituosa" (cf. Miguel Reale Júnior, Instituições de Direito Penal, 2ª ed., Forense, 2004, vol. II, cap. VI, nº 6.1, pág. 118).

Desse entendimento não diverge Damásio de Jesus, citando voto do Desembargador Dínio Garcia, então juiz do Tribunal de Alçada Criminal, que diz: "Tendo a legislação penal vigente adotado a teoria objetiva dos penalistas alemães, é insuficiente, para o reconhecimento da continuidade, serem as

Acesso ao Sumário

infrações da mesma espécie, obedecerem ao mesmo *modus operandi* e serem próximas no tempo e no espaço. Para o reconhecimento da continuidade é indispensável que os delitos sejam perpetrados mediante o aproveitamento das mesmas relações e oportunidades ou com a utilização de ocasiões nascidas da primitiva situação... Inadmissível é a outorga do benefício quando se trata de casos em que estão patentes a *persevaratio in crimine* ou a *consuetude delinquendi*, sobretudo porque tais circunstâncias constituem motivo não do abrandamento da pena, mas sim do seu agravamento, como indícios de periculosidade e da incapacidade de adaptação à ordem legal" (Direito Penal, 13ª ed., Saraiva, 1988, vol. I, págs. 527 a 528).

No mesmo teor é a lição de Júlio Fabbrini Mirabete: "não há que reconhecer o crime continuado quando se tratar de habitualidade criminosa. O delinqüente habitual faz do crime uma profissão e pode infringir a lei várias vezes do mesmo modo, mas não comete crime continuado com a reiteração das práticas delituosas" (cf. Manual de Direito Penal, 6ª ed., Atlas, 1991, nº 7.6.4, pág. 301).

Julgados do Pretório Excelso não destoam (cf. RTJ, 98/588, 115/617, 130/744, 133/1191-1242, 137/764, 145/569, 169/1000 e 184/612; LexSTF, 157/306-348, 183/282, 193/332, 199/324, 207/337, 221/310, 222/287-303 e 253/281).

Nesse sentido: "Considerando a teoria mista, adotada nesta Corte Superior, a configuração do crime continuado, previsto no art. 71 do Código Penal, depende tanto do preenchimento dos requisitos objetivos, mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, como também da demonstração da existência da unidade de desígnios entre os delitos praticados. *In casu*, como bem observado pelo Tribunal *a quo*, os delitos foram praticados com desígnios autônomos, em momentos totalmente distintos e contra vítimas e patrimônios diferentes, tratando-se, portanto, de reiteração delitiva" (STJ, HC 284222/SP, Relator ERICSON MARANHO, DJe 04-09-2015).

Também este é o entendimento desta Egrégia Corte: "O concurso material de crimes deve ser mantido. Não se percebe nexo de continuidade (unidade de desígnios) entre os crimes, demonstrando a prova, pelo contrário, tratar-se o caso de criminalidade habitual. A respeito, reitero meu entendimento já manifestado inúmeras vezes: Entendo, diversamente do que sustenta a defesa, que, para a concessão da unificação, deve também ser incluído o requisito da unidade de desígnios. Noutras palavras, deve a parte requerente demonstrar que há um nexo de continuidade entre as infrações, sob pena de se entender que o caso é de reiteração criminosa. [...] O caso em exame está, assim, a videnciar a *perseveratio in crimine* e jamais o aproveitamento das mesmas relações de oportunidade ou a utilização de ocasiões nascidas de primitiva situação" (TJESP, Apelação nº 0002712-64.2015.8.26.0445, Relator Desembargador SOUZA NERY, julgado 04-08-2016, com vasta citação de julgados das Cortes Superiores sobre o tema).

Acesso ao Sumário

Portanto, inafastável o concurso material previsto no artigo 69, *caput*, do Código Penal e incabível o reconhecimento de crime único, tampouco o concurso formal ou a continuidade delitiva entre os crimes.

Ainda, conforme dispõe o artigo 69 do Código Penal, as penas entre os crimes de receptação e o delito previsto no artigo 16, § único, inciso IV, da Lei 10.826/03 foram somadas, totalizando em 08 anos de reclusão e 58 dias-multa, no valor mínimo legal.

Impossível a fixação de regime aberto para o cumprimento da pena, visto que foi decidido corretamente pelo regime fechado, conforme preconiza o artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Ademais, sabe-se que o crime de receptação dolosa estimula a prática de outros crimes patrimoniais, destacando-se o furto, o roubo e até o latrocínio, infrações que tanto atormentam a sociedade ordeira. O receptador não age com violência, é certo – donde extraem alguns a conclusão de que o seu crime não é grave –, mas recebe, adquire bem obtido muitas vezes de modo violento, estimulando, com isso, o gatuno a "aperfeiçoar-se" e o assaltante a, no mínimo, perseverar no seu negócio.

Outrossim, os bens receptados foram oriundos de quatro roubos praticados contra vítimas distintas, mediante emprego de arma de fogo, o que confere maior gravidade ao delito em tela, de modo que a fixação de regime mais brando não seria suficiente para inibir a prática de novos crimes.

Por derradeiro, pelas mesmas razões, não pode ser aplicada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, visto que tal medida não é possível diante das circunstâncias do caso concreto, pois não se mostra suficiente e adequada.

As circunstâncias que envolvem o crime de receptação revelam a postura indiferente adotada pelo agente com relação ao patrimônio alheio, sendo nefastas as consequências de seus atos, estimulando a prática de outros crimes dolosos.

Outrossim, tal delito vai de encontro com o requisito previsto pelo inciso III, do artigo 44, do Código Penal, qual seja, "os motivos e circunstâncias do crime indicarem que essa substituição seja suficiente", uma vez que tal medida não é adequada à prevenção e repressão do ilícito penal.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao apelo, mantida a r. sentença pelos seus próprios fundamentos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005618-

25.2017.8.26.0132, da Comarca de Catanduva, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado PAULO HENRIQUE DE AZEVEDO CAMARGO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO à apelação interposta pelo Ministério Público, para agravar a pena na segunda fase da dosimetria ante a reincidência, circunstância preponderante, totalizando a pena de 06 anos de reclusão, mantido o regime inicial fechado, mais 600 dias-multa, no piso legal, mantendo, no mais, a r. sentença como tal lançada. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.584)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 27 de novembro de 2018.

EDISON BRANDÃO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – TRÁFICO – Apelo Ministerial pretendendo o aumento da pena do acusado na segunda fase da dosimetria – Necessidade – Reincidência que é circunstância legalmente preponderante – Elevação da expiação em 1/5, porque reincidente específico precedente – Regime fechado mantido – Recurso ministerial provido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO** contra a r. sentença (fls.151/153) que condenou **Paulo Henrique de Azevedo Camargo** como incurso no crime do artigo 33*, caput*, da Lei nº 11.343/06, à pena de 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo porque, segundo a denúncia, no dia 09 de agosto de 2017, por volta de 2h, no cruzamento da Avenida Monsenhor Albino com a Avenida Conego Oscar Serra do Amaral, Comarca de Catanduva, o apelante, trazia e guardava consigo drogas, para fins de comércio, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Consta que o réu trazia consigo 21 pinos de cocaína, 9 pinos de crack e 13 invólucros contendo maconha, e guardava no interior de sua residência mais 73 pinos de crack, para fins de comércio ilícito. Policiais militares, em patrulhamento de rotina pelo local, avistaram o apelante conversando com o motorista de um veículo, em evidente atitude de negociação de entorpecente. Tão logo avistaram a viatura, tanto o réu quanto o motorista do carro empreenderam

Acesso ao Sumário

fuga, sendo possível abordar o primeiro. Em sua posse, foi encontrada a droga mencionada acima, que trazia consigo, e em buscas em sua residência o restante do entorpecente.

O Ministério Público apela, pretendendo o afastamento da compensação entre a reincidência e a confissão e a consequente preponderância da agravante sobre a atenuante, ao argumento de que se trata de imperativo legal (art. 67, do Código Penal) seguido, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal (fls. 156/165).

O recurso foi contrarrazoado (fls. 1736/178) e a Douta Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pelo provimento do recurso ministerial, reformando-se a respeitável sentença guerreada, para que haja exacerbação da pena nos termos do pleiteado pelo ilustre recorrente (fls. 195/197).

Relatei.

O recurso ministerial merece provimento.

A materialidade e a autoria delitiva são incontestes, conforme documentação juntada aos autos, a saber: portaria (fls. 02), boletim de ocorrência (fls. 09/11), auto de exibição e apreensão (fls. 12/13), laudo de constatação (fls. 17/18), laudo de exame químico-toxicológico (fls. 87/90), confissão judicial do réu corroborada pelo depoimento do policial militar.

A prova, portanto, é uníssona e robusta a apontar o acusado como autor dos fatos descritos na denúncia, de sorte que a condenação, transitada em julgado para a defesa, inclusive (fls. 173).

Passo ao cerne do recurso da acusação.

A pena-base permaneceu no piso legal e, na sequência, operou-se a compensação entre a reincidência (comprovada a fls. 10/101) e a confissão espontânea, neste ponto se insurgindo a acusação por ser a reincidência circunstância preponderante.

E com razão, dado que a agravante em questão circunstância legalmente preponderante, nos termos do art. 67, do Código Penal.

É esse o entendimento do E. Supremo Tribunal Federal:

"Ementa: Habeas Corpus substitutivo de recurso ordinário. Roubo circunstanciado. Compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Impossibilidade 1. O acórdão impugnado está em conformidade com a jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, a teor do art. 67 do Código Penal, "a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada" (RHC 110.727, Rel. Min. Dias Toffoli). 2. Habeas Corpus extinto sem resolução de mérito por inadequação da via processual." (HC 105543, Relator: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j.29/04/2014).

Acesso ao Sumário

Com efeito, considerando o artigo 67, do CP, não seria possível a aventada compensação entre tais circunstâncias, não agindo com acerto o magistrado de primeiro grau.

Nesse sentido já decidiu esta C. Câmara:

Isto porque é impossível qualquer "compensação" entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea. Que significa verdadeira ***neutralização*** *de circunstâncias preponderantes, ao arrepio do art. 67, do Cód. Penal. É que tal dispositivo diz claramente que, em eventual concurso entre agravantes e atenuantes, preponderam aquelas atinentes aos "motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência". Adotar o entendimento contrário, data venia, configurar-se-ia hipótese verdadeiramente "contra legem".* (TJSP, Apelação nº 0001969-27.2010.8.26.0058, Des. Luis Soares Mello, 4ª Câmara Criminal, j. 18/10/2011).

Portanto, neste ponto, dou provimento ao recurso ministerial, para aumentar a pena do acusado em 1/5, por se tratar a reincidência de circunstância preponderante, e por ser o acusado, *in casu*, reincidente específico, justificando maior rigor, como vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça:

''É permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o quantum de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado. Na espécie, o magistrado destaca que o paciente é reincidente específico (crime de roubo), fato que justifica o incremento da pena, em 1/5 (um quinto), na segunda fase da dosimetria". (HC 289.351/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 30/06/2016)"

Alcança a pena, assim, 06 anos de reclusão e 600 dias-multa.

Não incidentes outros fatores, ressaltada a correta negativa da minorante disposta no art. 33, §14º, da Lei de Drogas, frente a reincidência do réu, torna-se a pena definitiva no *quantum* acima estabelecido.

O regime inicial fechado também é de ser mantido porque a pena supera 04 anos e o réu é reincidente específico, sem espaço e necessidade de maiores considerações.

Pelas mesmas razões, quaisquer benesses não eram mesmo adequadas.

Posto isto, **DOU PROVIMENTO** à apelação interposta pelo Ministério Público, para agravar a pena na segunda fase da dosimetria ante a reincidência, circunstância preponderante, totalizando a pena de **06 anos de reclusão, mantido o regime inicial fechado, mais 600 dias-multa, no piso legal**, mantendo, no mais, a r. sentença como tal lançada.

Acesso ao Sumário

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0019360-14.2011.8.26.0590/50000, da Comarca de São Vicente, em que é embargante EDUARDO JOSE DA SILVA, é embargado COLENDA 13ª CÂMARA CRIMINAL.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram dos embargos de declaração. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.197)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARDOSO PERPÉTUO (Presidente sem voto), DE PAULA SANTOS e FRANÇA CARVALHO.

São Paulo, 29 de novembro de 2018.

MOREIRA DA SILVA, Relator

Ementa: Embargos de declaração – Alegada contradição – Inadmissibilidade – Pretendida a desclassificação do delito – Oposição de tema que não foi objeto de insurgência em sede de apelação – Via recursal manejada de maneira ilegítima, indevida e com o intuito nitidamente protelatório – Total ausência dos pressupostos legais. Embargos não conhecidos.

VOTO

1. Trata-se de Embargos de Declaração opostos por **Eduardo José da Silva** contra o v. acórdão de fls. 196/201 que, por unanimidade, negaram provimento ao recurso de apelação.

Sustenta o embargante, em resumo, que o v. acórdão embargado é contraditório, porquanto os fatos apurados amoldam-se à figura típica do artigo 302 do Código Penal.

Por isso, pugna pelo acolhimento dos embargos de declaração para que a contradição seja sanada e seja determinada a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal competente, manifestando-se este Juízo fundamentadamente sobre os temas.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

2. Os embargos declaratórios não merecem ser conhecidos.

Observa-se, de proêmio, que o embargante foi processado e condenado pelo crime de uso de documento falso às penas de 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 10 (dez) dias- multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes no pagamento de mais 10 (dez) dias-multa e prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo período da pena corporal imposta.

Da r. sentença condenatória, o embargante apelou pugnando pela absolvição, sob alegação exclusiva de fragilidade probatória, tendo o v. acórdão negado provimento ao recurso, por votação unânime.

Em seguida, opôs embargos de declaração, sob fundamento de que a utilização de atestado médico falsificado para abonar faltas no emprego não configura crime de uso de documento público falso, cabendo *in casu*, a desclassificação para o tipo penal previsto no artigo 302 do Código Penal.

Ocorre, no entanto, que os embargos somente poderiam referir-se a omissão, obscuridade, contradição ou ambiguidade no julgado, mas tendo como parâmetro todos os temas trazidos na apelação, como decorre do preceito do artigo 619 do Código de Processo Penal. E, no caso *sub examine*, um só foi o tema explorado pela Defensoria Pública, qual seja a busca da absolvição por fragilidade probatória.

Ora, logo se vê que se afigura de todo descabida a eleição do recurso ora manejado, por flagrante ausência dos pressupostos legais. Só para relembrar, vale anotar que inocorre, na espécie, qualquer omissão, obscuridade, contradição ou ambiguidade no v. *decisum* deste Colegiado.

Mas não é só!

Ainda que assim não fosse, constata-se que o crime previsto no artigo 302 do Código Penal, com cuja desclassificação acena a Defensoria Pública, é de mão própria, só podendo ser cometido pelo médico.

Por óbvio, o embargante não era médico e nem restou provado que a testemunha Élcio Roque Kleinpaul tenha falsificado o documento. Assim, conclui-se que a conduta praticada pelo embargante é inequivocamente aquela descrita no tipo penal do artigo 304 combinado com o artigo 297, ambos do Código Penal.

É indubitável, pois, que a tese posta nos presentes embargos pela Defensoria Pública carece claramente de juridicidade.

Frente a esse contexto, por inocorrer qualquer das hipóteses do artigo 619 do Código de Processo Penal, a evidenciar que os embargos têm cunho eminente protelatório, exsurge imperiosa o seu não conhecimento.

3. Pelo exposto, **não se conhece** dos embargos de declaração.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0009654-27.2015.8.26.0635/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante A. DE A. DA S., é embargado 1 C. C. DO T.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Rejeitaram os embargos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.852)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente), LEME GARCIA e NEWTON NEVES.

São Paulo, 3 de dezembro de 2018.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Recurso em Sentido Estrito. Alegação de omissão porque o v. acórdão não teria analisado todas as teses defensivas, quanto à desclassificação do delito e às circunstâncias da qualificadora. Inocorrência. EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos, tempestivamente, por A.A.S. aduzindo ter havido omissão no v. acórdão de fls. 319/323, que negou provimento ao pedido de impronúncia do recorrente, acusado da prática, em tese, do delito tipificado no artigo 121, §2º, inciso VI c.c. §2º-A, inciso I e 14, inciso II, todos do Código Penal, além do artigo 5º, incisos I, II e III, da Lei 11.340/06.

Aduz que não foram analisadas todas as teses defensivas, quanto à desclassificação do delito e às circunstâncias da qualificadora de feminicídio (fls. 351/355).

É o relatório.

Conheço dos Embargos de Declaração, presentes os requisitos de desenvolvimento válido e regular, e de admissibilidade para, no mérito, rejeitá-los.

Como é cediço, os embargos declaratórios tendem a sanar obscuridade, contradição ou omissão do julgado, consoante previsão do artigo 535, do Código de Processo Civil. Há *obscuridade* quando equívoca, ambígua ou ininteligível

Acesso ao Sumário

à decisão; *contradição* quando alguma das suas proposições é inconciliável, no todo ou em parte, com outra. A *omissão* revela-se na falta de apreciação de questão a que se teria de dar solução, pois influente no julgamento.

No caso em apreço, não consta no acórdão embargado qualquer obscuridade, contradição ou omissão capazes de autorizar o acolhimento do presente reclamo, mormente porque os pontos destacados por este relator foram expostos de maneira clara, sendo coerente e devidamente completo para os fins a que se destinam, não havendo necessidade de qualquer alteração.

A pretensão do embargante, denota-se de suas argumentações, é rediscutir a prova dos autos e a interpretação da matéria de direito. Lança mão de instrumento oblíquo para alcançar determinada finalidade estranha aos seus propósitos; certo que as circunstâncias desafiam recurso próprio de modo que a revisão do julgado seja efetuada por órgão superior, conforme a sistemática vigente.

Diferente do argumentado, o v. acórdão analisou as circunstâncias, se posicionando quanto à desclassificação do delito: *O posicionamento da jurisprudência é o de que, nas hipóteses em que o Tribunal do Júri é competente para o julgamento da ação penal, a absolvição sumária, a impronúncia e a desclassificação do delito, só podem* ***ocorrer quando não houver prova da materialidade ou autoria do delito, da presença inequívoca de dirimente ou da ausência do animus necandi*** *ou, ainda, no caso das qualificadoras, que nenhuma prova sobre elas tenha sido produzida durante a instrução probatória* (grifos).

Dessa forma, a alegação da defesa sobre a falta de *animus necandi* do recorrente não esta adequada para ser discutida no referido recurso em sentido estrito, devido aos indícios e circunstâncias em que ocorreu o delito, cabendo ao Conselho de Sentença à apreciação dessa questão.

Com efeito, o caráter infringente atribuível aos embargos de declaração bem como o prequestionamento da matéria ventilada somente podem ser aceitos excepcionalmente, quando presentes os vícios de omissão, contradição ou obscuridade, o que não se vislumbra na espécie, mesmo porque o juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos (RJTJESP 115/207).

Ante o exposto, **CONHEÇO E REJEITO** os Embargos de Declaração.

Acesso ao Sumário

Embargos Infringentes e de Nulidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0076087-85.2016.8.26.0050/50000, da Comarca de São Paulo, em que são embargantes GIOVANNY BARROS DE ARAÚJO e JOSÉ VITOR SILVA DE JESUS, 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: "POR MAIORIA DE VOTOS, REJEITARAM os embargos opostos, vencido o E. 3º Juiz, Exmo. Des. Andrade de Castro, que o acolhia", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.978)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente sem voto), ROBERTO PORTO, CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO, MARCO ANTÔNIO COGAN e GRASSI NETO.

São Paulo, 8 de novembro de 2018.

ALCIDES MALOSSI JUNIOR, Relator

Ementa: PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. ROUBO, RECEPTAÇÃO E CORRUPÇÃO DE MENORES. CONFIRMAÇÃO DA CONDENAÇÃO COM REDUÇÃO DA PENA.

Embargos opostos visando ao reconhecimento do concurso formal, no particular, entre um dos dois crimes de corrupção com o roubo e do segundo com a receptação, para, somente ao depois, aplicar o concurso material entre os "blocos", nos termos do voto divergente. ***Descabimento.***

Concurso material de crimes, entre as quatro infrações, caracterizado na espécie. Peculiaridade. Evidente autonomia da conduta de corromper, que não se esgotou na prática do roubo, nem da receptação, existindo uma sequência de ações (pluralidade). Quatro foram as ações perpetradas, todas derivadas de desígnios autônomos. Cada corrupção (delito formal) consumou-se com a prática da infração principal. Pluralidade de ações que afasta, per si, hipótese de concurso formal. Crimes

Acesso ao Sumário

secundários que, de igual modo aos principais (até pelas espécies distintas), não estavam ligados uns aos outros, não tendo sido o subsequente proporcionado ou facilitado pela execução do anterior, situação a afastar, de todo o modo, a continuidade delitiva. Teoria objetiva-subjetiva. Concurso material de crimes bem caracterizado entre as quatro infrações.

Embargos rejeitados.

VOTO

VISTO

Cuida-se de recurso de **EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE** (fls. 01/07) opostos, com fulcro no artigo 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal, por **GIOVANNY BARROS DE ARAÚJO** e **JOSÉ VITOR DE JESUS**, com base no voto de Sua Excelência, o Juiz Substituto em 2º Grau Relator César Augusto Andrade de Castro (fls. 292/299), que, vencido, dava provimento aos apelos defensivos em maior extensão, para reconhecer o concurso formal entre **(i)** um dos dois crimes de corrupção com o roubo e **(ii)** do segundo com a receptação, para, somente ao depois, aplicar o concurso material entre os "blocos", com consequente redução da pena para montante menor ao que fora proclamado.

Buscam os **embargantes**, em apertada síntese, que a matéria objeto de divergência seja novamente apreciada por esta C. Câmara, com reconhecimento do concurso formal entre cada crime secundário e seu respectivo principal e redução da pena em maior intensidade, nos termos do voto vencido.

Opina, a D. Procuradoria Geral de Justiça, pela rejeição dos embargos opostos (fls. 24/30).

É o relatório.

Os embargos devem ser rejeitados.

Com a devida vênia ao entendimento apresentado no voto vencido, perfeito o reconhecimento do concurso material entre as quatro infrações, não se enxergando margem, de fato, para admitir a configuração do concurso formal entre cada crime secundário e seu respectivo principal. É dos autos que os **embargantes** e o adolescente **Jhonatan William Neves**, agindo em concurso com identidade de desígnios entre si, no dia 11 de setembro de 2.016, **(i)** receberam e conduziam, em proveito comum, o automóvel "*Fiat/Palio*", de placas CSU-4187, cientes, os três, da origem espúria do bem e; **(ii)** subtraíram, em proveito comum, mediante grave ameaça, coisas móveis, devidamente descritas, de propriedade de *Allan da Silva Dias*. O trio estava embarcado no carro, trafegando pela via pública, quando avistou a vítima e decidiu por realizar

Acesso ao Sumário

a subtração (conforme denúncia, r. sentença e v. acordão, respectivamente, às fls. 01/04, 201/207 e 292/299). Eis, em síntese, a dinâmica da conduta. Deveras, se fosse hipótese de cometimento de um único crime, a este se limitando a corrupção, a aplicação do concurso formal seria imperiosa, conforme, ademais, entendimento sufragado por parte desta **C. Câmara** (neste sentido, cita-se, a guisa de exemplificação, as Apelações Criminais nos. 0016252-40.2014.8.26.0050; 0002816-40.2015.8.26.0224 e 0000215-37.2014.8.26.0405, as três de minha Relatoria, julgadas, respectivamente, em 05/10/2017, 08/02/2018 e 17/05/2018, sempre por votação unânime) e pelo **C. Superior Tribunal de Justiça** (STJ – Recurso Especial nº 1094915 DF, Quinta Turma, rel. Min. Jorge Mussi, j. 23/04/2009, v.u.). Mas, na espécie, há prova efetiva de que a corrupção se protraiu no tempo com prática de, no mínimo, dois crimes patrimoniais, dos quais um, ademais, permanente. A evidente **autonomia** da conduta de *corromper*, que não se esgotou na prática do roubo, nem da receptação, existindo uma sequência de ações **independentes** (pluralidade), torna imperiosa a aplicação da regra prevista no artigo 69, do Código Penal. Concurso formal ocorre quando ao agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, o que, evidente, pelo já colocado, não é a hipótese em exame. Quatro foram as ações perpetradas, todas derivadas de desígnios autônomos. Crime **formal** que é, cada corrupção consumou-se com a efetiva prática do delito principal (cf. *v.g.*, STF- Recurso Ordinário em "Habeas Corpus" nº 111.434 DF, 1ª Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 03/04/2012, v.u.). Ressalta-se, por oportuno, não restar configurada hipótese de crime continuado, entre os crimes secundários, conforme teoria objetiva-subjetiva, na exata medida em que, de igual modo aos principais (**até pelas espécies distintas**), não estavam ligados um ao outro, não tendo sido o subsequente proporcionado ou facilitado pela execução do anterior. Nada a alterar, portanto, quanto ao concurso material de crimes, adequadamente reconhecido entre as quatro infrações, dada as peculiaridades, na espécie, daí que, em conclusão, imperiosa é a rejeição dos embargos.

Por todo exposto, pelo meu voto, **REJEITO** os embargos opostos.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2217817-35.2018.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é impetrante ANDRÉ

LUIZ FERREIRA e Paciente ADRIANO PEREIRA DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: CONCEDERAM A ORDEM para determinar a retificação do cálculo de penas, na parcela relativa à condenação decorrente da prática do delito tipificado no artigo 35, *caput*, da Lei de Drogas, nos termos adrede expostos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.992)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GERALDO WOHLERS (Presidente sem voto), DAMIÃO COGAN e TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 8 de novembro de 2018.

JUVENAL DUARTE, Relator

Ementa: *Habeas Corpus* com pedido de liminar – Execução penal – Alegação de constrangimento ilegal decorrente de decisão que homologou cálculo de liquidação de penas do paciente, considerando o crime de associação para o tráfico como hediondo, para fins de progressão de regime – Delito autônomo que não integra o rol taxativo dos crimes hediondos ou a eles equiparados (Lei nº 8072/90, arts. 1º e 2º) – Ordem concedida, com determinação.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em prol de ADRIANO PEREIRA DOS SANTOS, condenado a oito anos de reclusão, em regime fechado, por infração ao disposto nos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, da Lei nº 11.343/2003.

Aduz o i. impetrante que o constrangimento ilegal decorre de decisão que homologou o cálculo de liquidação das penas do paciente, considerando o crime de associação para o tráfico como hediondo, para fins de progressão de regime.

Requer a concessão de liminar para que se determine a elaboração de novo cálculo, computando-se a fração pertinente aos delitos comuns, mormente porque o crime em tela (artigo 35, *caput*, da Lei de Drogas) não integra o rol taxativo previsto no artigo 1º, da Lei nº 8.072/90.

Indeferido o pleito de liminar pelo e. Desembargador JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, nos termos do artigo 70, § 1º, do RITJ, e juntadas aos autos as informações requisitadas, opina a d. Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da ordem.

É, em síntese, o relatório.

Acesso ao Sumário

Consoante se infere dos documentos que instruíram a impetração, o paciente cumpre penas que somam oito anos de reclusão, em regime fechado, em decorrência de condenação por infração ao disposto nos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

Infere-se, outrossim, que a *decisum* ora hostilizada homologou o cálculo de liquidação de suas penas e aplicou ao delito de associação para o tráfico a fração concernente aos crimes hediondos, para fins de obtenção de progressão de regime.

Nesse contexto, a concessão do *writ* desponta imperativa porque flagrante o constrangimento ilegal de que está a padecer o paciente.

É que o delito de associação para o tráfico, tipificado no artigo 35, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, de fato, não consta do rol taxativo previsto no artigo 1º, da Lei nº 8.072/90, nem de seu artigo 2º, relativo aos crimes equiparados a hediondos, referindo-se somente ao de *tortura*, ao *tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins* e ao *terrorismo*, razão pela qual não há como considerá-lo de natureza hedionda ou equiparado por extensão ou analogia, mesmo porque a associação para a prática da mercancia, reiterada ou não, constitui delito autônomo, não se confundindo com o tráfico propriamente dito.

Nesse sentido é a jurisprudência dos Tribunais Superiores:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CRIME NÃO CONSIDERADO HEDIONDO OU EQUIPARADO. LAPSO PARA O BENEFÍCIO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL. DOIS TERÇOS (2/3). CONDIÇÃO OBJETIVA QUE INDEPENDE DA HEDIONDEZ, OU NÃO, DO DELITO. ART. 44 DA LEI 11.343/2006. PROGRESSÃO DE REGIME. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. De acordo com o entendimento desta Corte Superior, ante a ausência de previsão expressa no rol contido no art. 2º da Lei n. 8.072/1990, o delito de associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/2006) não se equipara aos hediondos. Precedente. 2. Em razão do princípio da especialidade, para a concessão do livramento condicional ao delito de associação para o tráfico aplica-se o requisito objetivo de 2/3 de cumprimento da pena previsto no parágrafo único do art. 44 da Lei n. 11.343/06, ressalvados os casos de reincidência específica, em que há vedação. 3. ***Inexistente regra específica em relação à progressão de regime, deve prevalecer a disciplina contida o art. 112 da Lei n. 7.210/84, que determina o cumprimento de 1/6 da pena para a obtenção do benefício prisional. 4. Habeas Corpus concedido apenas para afastar o caráter hediondo do delito de associação para o tráfico ilícito de entorpecentes e determinar que o Juízo das execuções proceda à retificação do cálculo de cumprimento da pena, referente ao presente delito, estabelecendo o lapso temporal de 1/6 (um sexto) da reprimenda para a aquisição da progressão de***

Acesso ao Sumário

regime. (STJ, *Habeas Corpus* 372314/SP, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, d. j. 21.2.2017). (Grifei)

Portanto, emerge forçosa a aplicação, no particular, da fração concernente aos delitos comuns no cálculo pertinente à progressão de regime (1/6).

Por tais razões, CONCEDE-SE A ORDEM para determinar a retificação do cálculo de penas, na parcela relativa à condenação decorrente da prática do delito tipificado no artigo 35, *caput*, da Lei de Drogas, nos termos adrede expostos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2227172-69.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante THIAGO LACERDA PEREIRA e Paciente ALEXANDRE SILVA REGO, é impetrado MM JUÍZO DE DIREITO DA VARA CRIMINAL DO FORO REGIONAL DO IPIRANGA.

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 38.336)**

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 novembro de 2018.

NEWTON NEVES, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Ataque à determinação de expedição de mandado de prisão pelo trânsito em julgado da condenação – Inteligência do art. 283, do CPP – Alegação de possível constrangimento ilegal – Condenado no semiaberto – Expressa previsão na determinação de expedição do mandado para que conste o regime semiaberto – Ausência de coação, atual ou iminente, no direito de permanência ou locomoção do paciente ou de outrem – Falta de coação ilegal por ato de autoridade – Ordem denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Alexandre da Silva Rego, alegando o impetrante, em síntese, sofrer o paciente constrangimento ilegal por ato do Juízo que, diante do trânsito em julgado de condenação ao cumprimento da pena de 06 (seis) meses de detenção, no regime inicial semiaberto, determinou a expedição de mandado de prisão.

Defende que o paciente está na iminência de sofrer constrangimento ilegal porque ao ser preso será mantido em estabelecimento prisional de regime equiparado ao fechado, de maior rigor do que o previsto no título condenatório, até que seja disponibilizada vaga em estabelecimento prisional de regime semiaberto, a caracterizar excesso na execução.

Pede a concessão da liminar para que seja determinada a instauração de processo de execução, com observância ao art. 65, da LEP, independentemente do recolhimento do paciente à prisão e, no mérito, que seja confirmada a liminar, com a expedição de guia de recolhimento definitiva independentemente do prévio recolhimento do paciente ao cárcere e determinação de que o paciente, ao ser preso, seja imediatamente recolhido em estabelecimento penitenciário de regime semiaberto.

A liminar foi indeferida, dispensadas as informações (fls. 272/273).

O impetrante manifestou não se opor ao julgamento virtual (fl. 277).

A d. Procuradoria Geral de Justiça propôs a denegação da ordem (fls. 279/281).

É o relatório.

A ordem deve ser denegada.

Busca o impetrante que seja expedida a guia de recolhimento definitiva antes da prisão do paciente, bem como que seja determinado que as autoridades responsáveis pelo cumprimento de mandado de prisão não recolham preso o paciente em estabelecimento penitenciário diverso do semiaberto.

O paciente foi condenado à pena de 06 (seis) meses de detenção, no regime inicial semiaberto, pela prática do delito do art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro, conforme V. Acórdão de fls. 220/223, pelo qual foi a reprimenda mitigada e, transitada em julgado a condenação (fl. 238), foi determinada a expedição de mandado de prisão para o cumprimento da pena (fl. 245), consignado no mandado o regime inicial semiaberto (fls. 245/246).

Conforme consulta feita em 22/11/18 junto ao sistema de inteligência de informações deste E. Tribunal de Justiça, apurou-se não ter sido cumprido o mandado de prisão expedido contra o paciente.

Neste quadro, a ordem deve ser denegada.

Da leitura dos autos constata-se, a toda evidência, inexistir ato que

Acesso ao Sumário

imponha ao paciente ou a outrem violência ou coação ilegal, atual ou iminente, na liberdade de ir e vir, conforme preceitua o art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal e o art. 647 do Código de Processo Penal, já que pendente cumprimento de mandado de prisão para o cumprimento de pena resultante de acusação exaustivamente analisada pelo Poder Judiciário, não tendo o impetrante comprovado documentalmente flagrante ilegalidade a impor ao paciente constrangimento ilegal.

A determinação da prisão do paciente decorre de expresso cumprimento do artigo 283, do Código de Processo Penal, em perfeita consonância com o princípio da presunção de inocência: *"**Ninguém poderá ser preso senão** em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, **em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado** ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva"* (destaquei).

Fez a autoridade impetrada expressamente constar na ordem de prisão o regime penitenciário intermediário.

Logo, inexistente a alegada coação no direito de locomoção do paciente, de rigor a denegação da ordem.

Do exposto, denega-se a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2216113-84.2018.8.26.0000, da Comarca de Barueri, em que é impetrante ALCILEA MEIRES GOMES DA CRUZ e Paciente JORGE LUIS ZANETTE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Por maioria, concederam a ordem para reconhecer a prescrição da pretensão executória, extinguindo-se a punibilidade em relação à condenação de JORGE LUIS ZANETTE, proferida em 07/06/2010 nos autos n. 0021661-26.2003.8.26.0068, nos termos do artigo 107, inciso IV, c/c artigo 109, inciso IV e artigo 112, inciso I, todos do Código Penal, vencido o 3º Juiz, sem declaração, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.613)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GERALDO WOHLERS (Presidente) e TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 29 de novembro de 2018.

DAMIÃO COGAN, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: *Habeas Corpus*. Impetração pleiteando o reconhecimento da prescrição da pretensão executória. Não localização do paciente para início de cumprimento da reprimenda. Termo inicial. Data do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação. Inteligência dos artigos 107, inc. IV, c/c 109, inc. IV e 112, inc. I, todos do Código Penal. Precedentes do STJ. Prescrição da pretensão executória. Ordem concedida.

VOTO

Ingressa a impetrante com a presente ordem de *habeas corpus* em favor do paciente, alegando que este sofre constrangimento ilegal em razão do não reconhecimento da prescrição da pretensão executória.

Alega que há excesso de prazo para análise do pleito e que há mandado de prisão expedido em desfavor do paciente.

Aduz que o paciente foi condenado por estelionato a cumprir pena de 04 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 25 dias-multa. Afirma que a r. sentença condenatória foi proferida em 07/06/2010.

Pondera que o Ministério Público não recorreu e que havia recurso parcial da defesa.

Acrescenta que o paciente cumpriu pena, preventivamente, por 01 ano, 09 meses e 05 dias e que desde o trânsito em julgado para a acusação, não houve continuação do cumprimento da pena, ocorrendo, pois, a prescrição executória da pena em 15/06/2018.

Destaca que o paciente é tecnicamente primário eis que, antes do fato, em 26/05/2003, não há condenação criminal com trânsito em julgado.

Aduz que, desde o trânsito em julgado para a acusação (16/06/2010) passaram-se 08 anos, 03 meses e 10 dias e que o prazo de prescrição é de 08 anos.

Pondera que foi realizado pedido de decretação da prescrição em 06/09/2018 e que há mandado de prisão expedido desde 20/07/2017.

Às fls. 06/08 foi juntada r. sentença que concedeu ao réu o direito de recurso em liberdade.

Pleiteia a análise do pedido de prescrição executória da pena pelo juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Barueri, com a consequente revogação da prisão e expedição de imediato contramandado.

Foi indeferida a medida liminar (fls. 27/29).

Acesso ao Sumário

Vieram informações da i. autoridade impetrada (fls. 32).

A D. Procuradoria Geral de Justiça é pela denegação da ordem (fls. 52/58).

É o relatório.

Trata-se de paciente condenado à pena privativa de liberdade de 04 anos em regime inicial fechado, mais o pagamento de 25 dias-multa, no piso unitário legal, como incurso no art. 171, *caput*, do Código Penal por fato praticado entre os dias 10 e 26 de maio de 2003 eis que obteve vantagem indevida para sim mediante fraude em detrimento da vítima Daisy.

A r. sentença condenatória foi prolatada em 07 de junho de 2010 e o trânsito em julgado para o Ministério Público de seu em 15 de junho de 2010, conforme certidão de fls. 09.

A Defesa interpôs recurso ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sendo julgado em 18/04/2013, quando foi negado provimento ao Apelo n. 0021661-26.2003.8.26.068.

Foi interposto Recurso Especial e os autos foram remetidos ao C. STJ em 23/05/2014, sendo recebidos em 06/05/2014.

Inadmitido o Recurso Especial, foi negado provimento ao agravo, em 19/08/2014 (Agravo em Recurso Especial n. 507.030/SP). O v. acórdão transito em julgado em 16/09/2014.

Segundo informações da autoridade apontada como coatora, o mandado de prisão foi expedido em 20/07/2017.

Em 19/04/2018, foi negado provimento ao recurso em sentido estrito n. 0009181-25.2017.8.26.0068 contra r. decisão que não reconheceu a extinção da punibilidade pelo indulto.

Em r. decisão proferida em 10/09/2018 o i. magistrado destacou que a última petição juntada pela defesa quanto à extinção da punibilidade já havia sido rejeitada.

Após pesquisa no sistema informatizado INTinfo do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, verificou-se que o mandado de prisão não foi cumprido, sendo hipótese de reconhecimento da prescrição da pretensão executória.

Acesso ao Sumário

O artigo 112, inciso I, do Código Penal, é expresso quando fixa o trânsito em julgado para acusação como termo inicial da prescrição da pretensão executória.

O informativo de jurisprudência nº 532, do C. Superior Tribunal de Justiça, cita o voto do Ministro Marco Aurélio Bellizze, no *Habeas Corpus* nº 254.080-SC, julgado em 15 de outubro de 2013, onde se firmou que a contagem do lapso para a prescrição executória deve ser a partir do trânsito em julgado para a acusação, eis que a pena não poderia ser mais aumentada.

Neste julgado entendeu-se, ainda, que não há como se considerar a data

do trânsito em julgado para ambas as partes sob o argumento de que o Estado estaria impossibilitado de dar início à execução da pena, hipótese em que se estaria criando um novo marco interruptivo da prescrição não previsto no rol taxativo do artigo 117, do Código Penal, afrontando o princípio da reserva legal.

INFORMATIVO 532, DO C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: DIREITO PENAL. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA.

O termo inicial da prescrição da pretensão executória é a data do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, ainda que pendente de apreciação recurso interposto pela defesa que, em face do princípio da presunção de inocência, impeça a execução da pena. Isso porque o art. 112, I, do CP (redação dada pela Lei 7.209/1984) dispõe que a prescrição, após a sentença condenatória irrecorrível, começa a correr "do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação [...]". Cabe registrar que a redação original do dispositivo não possuía a expressão "para a acusação", o que gerava grande discussão doutrinária e jurisprudencial, prevalecendo o entendimento de que a contagem do lapso para a prescrição executória deveria ser a partir do trânsito em julgado para a acusação, tendo em vista que a pena não poderia mais ser aumentada. Posteriormente, com a reforma do CP, por meio da Lei 7.209/1984, o legislador, em conformidade com a orientação jurisprudencial predominante, acrescentou a expressão "para a acusação", não havendo mais, a partir de então, dúvida quanto ao marco inicial da contagem do prazo prescricional. É necessário ressaltar que a interpretação do referido dispositivo em conformidade com o art. 5º, LVII, da CF - no sentido de que deve prevalecer, para efeito de contagem do prazo da prescrição da pretensão executória, o trânsito em julgado para ambas as partes, ante a impossibilidade de o Estado dar início à execução da pena antes da sentença condenatória definitiva - não se mostra razoável, pois estaria utilizando dispositivo da CF para respaldar "interpretação" totalmente desfavorável ao réu e contra expressa disposição legal. Na verdade, caso prevaleça o aludido entendimento, haveria ofensa à própria norma constitucional, máxime ao princípio da legalidade. Ademais, exigir o trânsito em julgado para ambas as partes como termo inicial da contagem do lapso da prescrição da pretensão executória, ao contrário do texto expresso da lei, seria inaugurar novo marco interruptivo da prescrição não previsto no rol taxativo do art. 117 do CP, situação que também afrontaria o princípio da reserva legal. Assim, somente com a devida alteração legislativa é que seria possível modificar o termo inicial da prescrição da pretensão executória, e não por meio de "adequação hermenêutica". Vale ressaltar

Acesso ao Sumário

que o art. 112, I, do CP é compatível com a norma constitucional, não sendo o caso, portanto, de sua não recepção. Precedentes citados: AgRg no AREsp 214.170-DF, Sexta Turma, DJe 19/9/2012; e HC 239.554-SP, Quinta Turma, DJe 1/8/2012. HC 254.080-SC, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 15/10/2013.

A matéria inclusive foi tida como tema com repercussão geral no C. Supremo Tribunal Federal:

Constitucional. Penal. Extinção da punibilidade. Termo inicial para a contagem da prescrição na modalidade executória. Trânsito em julgado somente para a acusação. Artigo 112, inciso I, do Código Penal. Necessidade de harmonização do referido instituto penal com o ordenamento jurídico constitucional vigente, diante dos postulados da estrita legalidade e da presunção de inocência (CF, art. 5º, incisos II e LVII). Questão eminentemente constitucional. Matéria passível de repetição em inúmeros processos, a repercutir na esfera do interesse público. Tema com repercussão geral (STF, ARE 848107 RG, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 11.12.2014, processo eletrônico, DJE-033 divulg 19.02.2015 public 20.02.2015).

O paciente foi condenado à pena de 04 anos de reclusão nos autos n. 0021661-26.2003.8.26.0068, sendo que, de acordo com o artigo 109, inciso IV, do Código Penal, prescreverá em 08 anos a pretensão executória, eis que a pena é superior a dois anos e não excede a quatro anos.

Ademais, não há interrupção do prazo a ser reconhecida.

O v. acórdão confirmatório da condenação (Apelação n. 0021661-26.2003.8.26.0068) não interrompeu o prazo prescricional eis que o artigo 117, inciso IV, do Código Penal, prevê a interrupção do prazo prescricional apenas "*pela publicação da sentença ou acórdão condenatório recorríveis*", não havendo referência ao acórdão que confirma a decisão condenatória.

Assim, o prazo para início da contagem da prescrição da pretensão executória fluiu do trânsito em julgado da sentença condenatória para a Justiça Pública (15/06/2010, fls. 09).

Portanto, considerando que no presente caso o trânsito em julgado da sentença condenatória ocorreu 15 de junho de 2010, além da ausência de marcos impeditivos da prescrição, verifica-se que a prescrição da pretensão executória ocorreu em 15 de junho de 2018, extinguindo-se a punibilidade, nos termos do artigo 107, inciso IV, c/c artigo 109, inciso IV e artigo 112, inciso I, todos do Código Penal.

Acesso ao Sumário

Isso posto, **concede-se a ordem para reconhecer a prescrição da pretensão executória, extinguindo-se a punibilidade em relação à condenação de JORGE LUIS ZANETTE, proferida em 07/06/2010 nos**

autos n. 0021661-26.2003.8.26.0068, nos termos do artigo 107, inciso IV, c/c artigo 109, inciso IV e artigo 112, inciso I, todos do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2210940-79.2018.8.26.0000, da Comarca de Barretos, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e Paciente SINDERLEI JOSEAN DE MEDEIROS.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "por votação unânime, convalidada a liminar, concederam a ordem para assegurar seja o paciente Sinderlei Josean de Medeiros interrogado mediante carta precatória, sem prejuízo, se o caso, sejam os autos desmembrados.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.740)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente) e AMABLE LOPEZ SOTO.

São Paulo, 28 de novembro de 2018.

ANGÉLICA DE ALMEIDA, Relatora

Ementa: *Habeas Corpus*. Liminar. Furto. Interrogatório. Réu solto. Residência distante do distrito da culpa. Condição financeira precária. Carta precatória. Possibilidade – Princípio da identidade física do juiz. Exceção. Art. 222, CPP. Interrogatório judicial constitui faceta da garantia constitucional da ampla defesa. Acusado pode abrir mão de ser ouvido pelo juiz do processo. Dificuldade real de locomoção justificada. Ordem concedida para assegurar seja o paciente interrogado mediante carta precatória, sem prejuízo, se o caso, sejam os autos desmembrados.

Acesso ao Sumário

VOTO

O ilustre defensor público Luiz Antonio Felipe Franchito, com pedido de liminar, apontando como autoridade coatora o(ª) MM(ª) Juiz(ª) da 1ª Vara Criminal da Comarca de Barretos, impetra o presente *habeas corpus*, em favor de *Sinderlei Josean de Medeiros*, visando seja assegurada a expedição de carta precatória para o interrogatório do ora paciente, medida indeferida por decisão

que carece da devida fundamentação, não podendo a celeridade processual, em razão do corréu encontrar-se preso, implicar na violação do direito de defesa de outro acusado. Alega que, desde que foi solto, o paciente declarou residir em Uberlândia - MG, tanto que deprecado o controle e fiscalização das medidas cautelares impostas, para aquele Estado e Comarca. Sustenta que o paciente é pessoa de condição financeira precária, não podendo suportar o ônus dos custos da viagem, mostrando-se a manutenção da medida violação ao princípio da igualdade. Sem contar que nada impede possa o processo ser desmembrado (fls. 1/5). Acompanham os documentos de fls. 6/24.

Concedida a liminar, a autoridade judicial impetrada prestou informações (fls. 31/32).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opina pela concessão da ordem (fls. 35/36).

É o relatório.

O paciente *Sinderlei Josean de Medeiros*, autuado em flagrante delito, em 23 de agosto de 2018, foi denunciado como incurso no artigo 155, § 4º, IV, do Código Penal, porquanto, por volta das 18h50min, em estabelecimento comercial situado em Barretos – SP, juntamente com Igor Ferreira da Silva e duas pessoas não identificadas, teria subtraído seis garrafas de *whisky*, cinco salames, *shampoos*, inseticidas, cabo de bateria, aparelho de barbear e objetos pet, de propriedade do supermercado Savegnago.

Levada a efeito audiência de custódia, em 24 de agosto de 2018, a prisão em flagrante do paciente foi convertida em prisão preventiva. Oferecida denúncia, em 3 de setembro de 2018, recebida, em 5 de setembro de 2018, o paciente foi citado e apresentou defesa preliminar. Realizada audiência de instrução, debates e julgamento, designada para o dia 1 de novembro de 2018, aguarda-se o retorno da carta precatória expedida para interrogatório do paciente.

O artigo 399, § 2º, do Código de Processo Penal, estabelece que o juiz, que instruir o processo, deverá prolatar a sentença – princípio da identidade física do juiz.

Acesso ao Sumário

O artigo 400, § 1º, do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei 11.719/2008, prevê que as provas serão produzidas numa só audiência.

Assim, o procedimento vigente busca concentrar os atos processuais, em audiência una, devendo o juiz que colheu a prova, inclusive, o depoimento pessoal do acusado, em interrogatório, proferir a sentença.

Entretanto, o Diploma Processual Penal não estabelece as exceções ao princípio da identidade física do juiz.

Pode-se admitir que a norma processual, prevista no artigo 222, *caput*, do Código de Processo Penal, constitui exceção ao princípio da identidade física do juiz.

Por conseguinte, assim como a testemunha, residente em cidade diversa, terá o depoimento colhido perante o juízo deprecado, nos termos do artigo 222, *caput*, do Código de Processo Penal, também o interrogatório judicial do acusado pode ser prestado perante o juízo deprecado, tendo em vista residir em comarca diversa, em outro Estado da Federação, situação delineada, na hipótese dos autos, agravada pela condição do paciente de não poder arcar com a despesa de locomoção.

Importa notar que a citação do acusado, que estiver fora do território da jurisdição do juiz processante, será realizada mediante precatória, nos termos do artigo 353, do Código de Processo Penal.

Por conseguinte, não parece descabido, tendo em vista os motivos alegados, na presente impetração, que o paciente possa ser interrogado perante o juízo deprecado.

Na audiência de instrução, debates e julgamento, atuou defensora pública, na defesa do paciente.

É certo que, no âmbito do processo penal, é assegurado ao acusado a garantia do juiz natural, constitucionalmente competente para conhecer e julgar o processo. Trata se de garantia, na medida em que assegura diversas outras garantias: contraditório, ampla defesa, decisão motivada etc.

O interrogatório judicial constitui faceta da garantia constitucional da ampla defesa. Nada a impedir que o acusado abra mão do direito de ser ouvido, em interrogatório, pelo juízo do processo.

No mínimo, é um contrassenso invocar a tutela da garantia constitucional "*em prejuízo daquele que se pretende garantir*", como aponta Maria Lúcia Karan (Prisão e Liberdade Processuais – RBCCrim 283/93).

Uma vez justificada a dificuldade real de locomoção, em face do custo alto do deslocamento, pode o interrogatório judicial ser realizado por meio da carta precatória.

Ademais, da mesma forma que o interrogatório do réu preso é colhido pelo juízo deprecado, sem que violado esteja o princípio da identidade física do juiz, o interrogatório do acusado, que se encontra em liberdade, se assim for requerido pela defesa, como na hipótese em questão, pode ser colhido, por precatória.

Diante do exposto, por votação unânime, convalidada a liminar, concederam a ordem para assegurar seja o paciente *Sinderlei Josean de Medeiros* interrogado mediante carta precatória, sem prejuízo, se o caso, sejam os autos desmembrados.

Acesso ao Sumário

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2075509-73.2018.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que é impetrante C. M. DE M., é impetrado M. J. DE D. DA 2 V. C. DA C. DE P.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONHECERAM e DENEGARAM a segurança, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.282)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente sem voto), FREITAS FILHO e OTAVIO ROCHA.

São Paulo, 24 de outubro de 2018.

FERNANDO SIMÃO, Relator

Ementa: Mandado de segurança – Organização criminosa, especializada em jogo de azar e lavagem de dinheiro – Medida cautelar de sequestro de bens e valores – Decisão que determinou o bloqueio de todo e qualquer numerário mantido em conta corrente da impetrante, através do sistema "BACEN-JUD" – Pretensão de desbloqueio das contas correntes e restituição dos valores apreendidos – Alegação de que a decisão ofende direito líquido e certo, vez que não há acusação formal contra ela ou vínculo objetivo ou subjetivo com os acusados envolvidos na investigação, de que ausente motivação idônea para a sua decretação, além de violação ao art. 131 do CPP – Decisão que decretou o sequestro de bens, bem como aquela que determinou o bloqueio de valores em contas bancárias da impetrante devidamente fundamentadas – Existência indícios veementes de proveniência ilícita dos bens – Medida necessária para garantia de futura análise sobre o perdimento dos bens e para assegurar a efetividade da aplicação da lei penal – Inteligência do art. 4º da Lei nº 9.613/98 – Possibilidade de atingir bens ou valores de terceiros,

Acesso ao Sumário

mesmo sem acusação formal – Violação ao art. 131, inciso I do CPP – Inocorrência – Lapso temporal não peremptório – Observância do princípio da razoabilidade e das circunstâncias do caso concreto – Inexistência de ilegalidade ou abuso de poder da decisão judicial – Segurança denegada.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por C.M.M. contra ato praticado pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Piracicaba/SP, que nos autos da medida cautelar de sequestro de bens, processo nº 1018123-44.2017.8.26.0451, determinou o bloqueio de valores mantidos em contas bancárias e aplicações financeiras em nome da impetrante, através do sistema "BACEN JUD" até o limite de R$ 48 milhões.

Alega, em síntese, que a medida deferida não se justifica e viola direito líquido e certo da impetrante ante a demonstração da licitude do saldo apontado em suas contas correntes, pois possui ocupação lícita de longa data e aptidão econômica para aplicar em fundos de investimento.

Aponta que a decisão judicial que decretou o sequestro de bens, bem como aquela que indeferiu o pedido de desbloqueio padecem de nulidade por ausência de motivação idônea, pois sequer foi demonstrada a presença de indícios suficientes de autoria, tratando-se de medida extrema deferida em desfavor de terceiros estranhos à lide assecuratória, além do que, passados mais de 90 dias da efetivação da constrição, o Ministério Público não foi ofertada a ação penal, violando o art. 131, inciso I do Código de Processo Penal.

Assim, pleiteia, liminarmente, que seja determinada a imediata suspensão dos efeitos da decisão impugnada, com a restituição ou estorno dos valores bloqueados em suas contas bancárias. No mérito, postula a concessão da segurança, cassando-se a decisão impugnada.

Indeferida a liminar (fls. 255) e prestadas as informações pela autoridade coatora (fls.258/261), a Douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pela extinção sem julgamento do mérito ou a improcedência do presente *mandamus* (fls. 541/543). A defesa interpôs agravo regimental contra a decisão que indeferiu o pedido liminar (fls.545/552), o qual foi negado provimento, por votação unânime, por V. Acórdão (fls. 560/565).

É o relatório.

A segurança merece ser denegada.

A impetrante se insurge contra ato ilegal e arbitrário do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Piracicaba/SP consistente no sequestro de todos os fundos de suas respectivas contas correntes mantidas em

Acesso ao Sumário

todo o território nacional via "BACEN-JUD", em medida cautelar de sequestro de bens proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, núcleo do GAECO da cidade de Piracicaba/SP.

Segundo consta, em 10.10.2017 o núcleo do GAECO da cidade de Piracicaba/SP instaurou procedimento investigatório criminal visando a apuração de infrações penais ligadas à prática contravencional de jogo de azar (art. 50 da Lei das Contravenções Penais), art. 2º, da Lei 12.850/2013 (Organização Criminosa), art. 1º da Lei 9.613/1998 (lavagem de dinheiro) entre outras infrações penais conexas e crimes próprios cometidos por funcionários públicos no exercício da função, sendo destacados como principais investigados as pessoas de C.A.T.J., M.A.T., N.R.A.J., K.Z.T., J.Z.T., A.R.I.F. e F.H.G.

Em 17.10.2017, o GAECO ajuizou medida cautelar de sequestro de bens em face dos integrantes da organização criminosa investigada.

Em 20.10.2017, houve pedido de aditamento em razão de provas obtidas em buscas e apreensões, indicando a existência de outros bens imóveis pertencentes aos integrantes da organização, assim como a identificação de contas bancárias de terceiros que eram movimentadas por membros da organização.

Por r. decisão de 26.10.2017, a autoridade impetrada deferiu o sequestro de bens e bloqueio de contas bancárias dos acusados e das pessoas jurídicas por eles administradas, ante a existência indícios veementes de proveniência ilícita dos bens. Para tanto, entendeu que: *"...movimentação bancária e os bens pertencentes aos requeridos não são compatíveis com a renda por eles declarada. A discrepância apurada entre a movimentação das empresas e o valor declarado ao Fisco é de R$ 23.425.739,39 e a diferença apurada entre a movimentação das pessoas físicas e o valor declarado ao fisco é de R$ 24.831.252,51, totalizando R$ 48.256.991,90. A medida de sequestro, além de pertinente e cabível conforme acima explanado, pode garantir eventual e futuro perdimento dos bens em favor da União, além de ser totalmente reversível no caso de eventual e futura absolvição..."* (fls. 1802).

Em 01.11.2017, houve novo pedido de aditamento do Ministério Público, requerendo agora o bloqueio de valores em contas bancárias de todos os membros da família F.T., da empresa (...) S/C Ltda. ME e de C.M.M., o que foi deferido pelo juízo:

> *"...Conforme os esclarecimentos prestados e novos documentos juntados, verifico ainda presentes os fundamentos expostos na decisão de fls. 1755/1773; ademais, conforme esclareceu o Ministério Público, há indícios de que a organização criminosa utilizava possivelmente contas correntes de terceiras pessoas e empresas para movimentação dos valores ilicitamente adquiridos, neste passo, considerando que a limitação a determinadas contas correntes restringe o alcance da medida acautelatória, determino o bloqueio de numerários até a quantia*

Acesso ao Sumário

de R$48.256.991,90 (quarenta e oito milhões, duzentos e cinquenta e seis mil, novecentos e noventa e um reais e noventa centavos) existente em contas bancárias e aplicações junto a instituições financeiras/ cooperativas de créditos sob a fiscalização do Banco Central do Brasil das seguintes pessoas físicas e jurídicas: i) A.F.T., CPF (...); ii) J.L.F.T., CPF(...) iii) empresa (...) SC Ltda ME, CNPJ (...); iv) .E.CF.T., CPF (...); e, finalmente, v) C.M.M., CPF (...).

Nos moldes do deferimento do requerimento anterior, e considerando os novos esclarecimentos prestados, determino o sequestro:

a) do imóvel constante da matrícula (...) do 2º CRI de Piracicaba em nome de M.A.T. (fls. 95/97 e 2267/2269);

b) do imóvel constante da matrícula (...), do 2º CRI de Piracicaba em nome de (...), incorporadora e Imobiliária Ltda (fls. 2256/2257);

c) do imóvel constante da matrícula (...), do 1º CRI de Piracicaba em nome de O.J.G. (fls. 1821/1823);

d) do imóvel constante da matrícula (...) do 1º CRI de Piracicaba em nome de A.P.T.C. e T.C.C.;

e) do imóvel constante da matrícula (...) do 2º CRI de Piracicaba em nome de P.T.M. (fls. 170/173).

Em vista dos novos esclarecimentos prestados, complemente a serventia a ordem de bloqueio mencionada a fls. 1774/1775, "iii"..." (fls. 2293/2294 e fls. 2287/2288 da cautelar).

Ante o bloqueio de contas bancárias e respectivos saldos, a impetrante pediu o desbloqueio das contas correntes e restituição de valores apreendidos/ sequestrados, sob o argumento de licitude do dinheiro bloqueado, pois proveniente de seus trabalhos, o que entretanto foi negado.

O MM. Juiz "a quo" indeferiu o pedido, nos seguintes termos:

"...Como bem manifestado pelo Ministério Público, o artigo 4º, da Lei .9.613/98, autoriza a decretação de medidas assecuratórias contra qualquer pessoa, mesmo que não investigada.

No caso, a requerente teve suas contas bancárias bloqueadas porque, em tese, teriam sido utilizadas para transitar valores dos denunciados, servindo como meio para a lavagem de dinheiro de origem ilícita, decorrente de organização criminosa que explora jogo de azar na região de Piracicaba e corrupção de agentes públicos.

Nos crimes de lavagem de dinheiro a movimentação de valores por meio de constas de terceiros é uma das fôrmas mais comuns da lavagem ocorrer.

Alega a requerente que o dinheiro bloqueado é lícito, pois proveniente de seu trabalho.

No entanto, as provas evidenciam que a conta da requerente era, em tese, utilizada em benefício dos irmãos T.

Acesso ao Sumário

Assim, não é possível saber se o dinheiro existente na conta da requerente no momento do bloqueio é o proveniente da rescisão contratual de trabalho.

Diante do exposto, indefiro o pedido formulado por C.M.M., mantenho, por ora, o sequestro de valores existentes nas contas bancárias bloqueadas..." (fls.114).

Assim, verifica-se que as r. decisões impugnadas estão bem justificadas, pois indicaram os fundamentos legais para determinar a medida assecuratória, não se vislumbrando qualquer ilegalidade no ato judicial.

Tratando-se de crime de lavagem de dinheiro, regido por legislação própria, é possível a decretação da medida assecuratória de bens, direitos ou valores da pessoa investigada ou ainda, existentes em nome de interpostas pessoas que sejam instrumento, produto ou proveito do crime, nos termos do art. 4º da Lei nº 9.613/98.

No caso, como bem anotou a autoridade impetrada, a medida de sequestro de bens e valores é cabível para garantia de futura análise sobre o perdimento dos bens e para assegurar a efetividade da aplicação da lei penal, vez que há indícios suficientes de que os membros da organização criminosa que explora jogos de azar faziam uso de várias contas bancárias em nome de terceiros, a princípio, estranhos às atividades da organização, para a prática do crime de lavagem de dinheiro de origem ilícita, fundamentos que certamente autorizam a decisão.

E, no caso da impetrante, ao que consta, ela mantém relacionamento amoroso e afetivo com A.F.T., com quem mantem contas bancárias pessoais e movimentação em conjunto, que foram utilizadas, em princípio e segundo a apuração do órgão ministerial acusador, para transitar valores dos investigados C.T.J. e M.A.T., servindo como instrumento para prática de infrações.

Desse modo, evidente que não é necessária a acusação formal contra a impetrante para tornar o ato judicial ilegal, vez que bem fundamentada a decisão de bloqueio judicial.

Acesso ao Sumário

Por outro lado, após análise da vasta documentação trazida pela defesa, a MM. Juíza ressaltou que a impetrante não logrou êxito em demonstrar a licitude dos valores existentes em suas contas bancárias, vez que os valores bloqueados se mostraram incompatíveis com os rendimentos por ela declarados.

Assim, por ora, razoável também a manutenção do bloqueio de valores em contas bancárias, como medida a preservar os bens tidos como produtos ou proventos dos crimes ora investigados.

Não há se falar também em violação ao inciso I do art. 131 do Código de Processo Penal.

O art. 131 do Código de Processo Penal indica situações jurídicas em que

o sequestro perderá sua eficácia, momento em que poderá então ser levantado. Para análise do pedido de levantamento, devem ser observadas as circunstâncias do caso concreto à luz do princípio da razoabilidade, não tendo aceitação a mera contagem aritmética do prazo.

No caso, observa-se que a ação penal foi oferecida contra os membros da organização criminosa em 10.10.2017 (processo nº 1017943/28).

Deve-se consignar ainda que se trata de processo complexo, com pluralidade de acusados e diversas diligências são necessárias para apuração dos fatos, sendo razoável que o lapso temporal previsto em lei seja ultrapassado, sem a propositura a ação penal contra outras pessoas que vierem a ser investigadas. E, observa-se que, até o momento, há diligências pendentes a serem realizadas no curso da investigação.

Enfim, não se vislumbra qualquer ilegalidade flagrante ou abuso de poder no ato da autoridade coatora, capaz de violar direito líquido e certo da impetrante, razão pela qual é o caso de denegação da segurança.

Por fim, observa-se que a concessão parcial no mandado de segurança não pode ser aplicada na presente hipótese, vez que a condição pessoal da impetrante aqui é diversa.

Ante ao exposto, por meu voto, **CONHEÇO** e **DENEGO** a segurança.

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso em Sentido Estrito nº 0001446-07.2015.8.26.0586, da Comarca de São Roque, em que é recorrente COSME FERREIRA DE SOUZA, é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 15ª 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 31.060**)

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores POÇAS LEITÃO (Presidente sem voto), CLÁUDIO MARQUES e GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI.

São Paulo, 25 de outubro de 2018.

ENCINAS MANFRÉ, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. Pronúncia. Presença de indícios de autoria e existência de prova material. Elementos a autorizar que o comportamento imputado ao recorrente seja julgado pelo respectivo Juiz Natural (Tribunal do Júri). Inteligência do artigo 413 do Código de Processo Penal. Desclassificação da imputada conduta para a de lesão corporal de natureza grave. Insuficiência, ao menos por ora, de elementos de convicção a respeito da ausência de "animus necandi" na conduta desse acusado. Dúvida acerca desse elemento subjetivo que deverá ser dirimida pelo Conselho de Sentença. Manutenção das qualificadoras referentes a motivo fútil e a recurso que dificultasse a defesa da vítima. Possibilidade. Matérias que também deverão ser analisadas por esse Conselho. Recurso improvido, portanto.

VOTO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por *Cosme Ferreira de Souza* (folhas 256 a 264), réu solto, haja vista pronúncia (folhas 243 a 249) como incurso no artigo 121, §2º, II e IV, combinado com o 14, II, do Código Penal.

Esse recorrente, com efeito, alegou, em suma, o seguinte: a) deverem ser considerados os depoimentos prestados pelas testemunhas *Carlos, José Roberto e Raimundo*; b) por sinal, ter esse primeiro depoente revelado acerca da existência de desentendimentos pretéritos entre ele, réu, e a vítima; c) ademais, constar das falas dessas duas últimas testemunhas informação a respeito da conduta "*provocativa*" do ofendido; d) ter admitido a prática da agressão contra a vítima, conquanto afirmasse não ter a intenção de matá-la; e) inexistência de testemunha presencial; f) logo, e dada a ausência de *animus necandi*, dever ser desclassificada a imputada conduta para a prevista no artigo 129, §1º, I, do Código Penal; g) caso não seja esse o entendimento, requerer o afastamento da qualificadora relativa a motivo fútil, haja vista a ocorrência de animosidade pretérita entre ele, acusado, e o ofendido; h) por fim, dever ser excluída a qualificadora referente a recurso que dificultasse a defesa da vítima, certo ter ele (denunciado) conversado com o ofendido antes de efetuar o disparo.

O recorrido, por sua vez, sustentou, em resumo, não proceder o argumentado pelo recorrente e, assim, ser caso de manutenção dessa pronúncia (folhas 267 a 272).

Acesso ao Sumário

Mantida essa decisão (folhas 273), a douta Procuradoria de Justiça apresentou parecer no sentido do improvimento do recurso (folhas 276 e 277).

Houve julgamento relativo a esse recurso em sentido estrito em sessão realizada no dia 5 de outubro de 2017 (folhas 281 a 288).

Sobreveio decisório desta Câmara (folhas 308 a 310) pelo qual, a propósito de embargos de declaração opostos por esse recorrente (folhas 301 a 304), anulado o sobredito julgamento a fim de que outro fosse realizado, com a prévia intimação do ilustre advogado por ele constituído.

É o relatório.

Impõe-se manter essa decisão de pronúncia.

A propósito, e embora nesta feita não se exare juízo terminante acerca do mérito, se desacolhe a supracitada alegação do recorrente – motivo de descrição resumida no relatório deste voto –, porque presentes indícios de autoria e prova material relativos ao imputado crime de homicídio tentado duplamente qualificado.

Com efeito, é da denúncia que, em 31 de janeiro de 2015, por volta de 22h35, na Rua Paraná, número 195, comarca de São Roque, agindo com *animus necandi*, o acusado, em tese, efetuara disparos com arma de fogo contra a vítima *Fábio Buriti dos Santos*, causando-lhe lesões corporais.

Constou ainda dessa peça inicial da acusação que esse delito somente não se teria consumado por circunstâncias alheias à respectiva vontade, haja vista ter sido o ofendido prontamente socorrido.

Ademais, a prova material desse apontado crime é sólida e está consubstanciada em boletim de ocorrência (folhas 3/5), auto de exibição e apreensão (folhas 16/17), relatório de investigação (folhas 6), assim como em laudos acerca de arma apreendida (folhas 51/53) e pelo exame de corpo de delito (folhas 97/98 e 120/121).

A respeito da autoria, de outra parte, há indícios suficientes para que esse comportamento atribuído ao réu seja submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Nesse ponto, ouvido em Juízo (folhas 217), o ofendido Fábio Buriti dos Santos declarou, entre o mais, estivesse sentado em frente à pizzaria quando o denunciado chegara a esse local, dissera "e aí, e agora seu trouxa" e, em seguida, efetuara disparo em direção do rosto dele.

Aduziu que, após essa agressão, ele (Fábio) correra pela pizzaria, ao passo que esse ora recorrente continuara a realizar disparos e, assim, o atingira novamente com "*dois tiros um em cada perna*". Momentos depois, "*um rapaz da pizzaria*" chegara e segurara esse acusado.

Relatou, ainda, que, em decorrência desses ferimentos, tivera que se

Acesso ao Sumário

submeter a cirurgia na perna e na mandíbula, bem como passara a poder ingerir apenas alimentos líquidos e "*pastosos*".

Esclareceu, também, que havia adquirido a respectiva motocicleta três dias antes do fato sob apreço, bem ainda que começara a trabalhar na pizzaria naquela data.

Revelou, ademais, que "*no mesmo dia antes dos fatos, eu passei por ele de motocicleta e ele estava de carro, ele me alcançou e disse que a preferência era dele, eu não arrumei nenhuma treta porque não estava habilitado e não queria arrumar confusão*". Aliás, após esse desentendimento e a realização de três entregas, ele (ofendido) fora tomar sorvete, ocasião na qual esse réu perpetrara o delito sob exame.

Ajustada a essa narrativa, em princípio, afigura-se a do proprietário da pizzaria, Carlos dos Santos Lima (folhas 218), o qual, entre outras expressões, asseverou estivesse na cozinha quando escutara o barulho de tiros – embora, em primeiro momento, acreditasse fosse esse som proveniente das motocicletas que ficavam no local.

Expôs, ainda, que, após ouvir gritos, saíra desse estabelecimento empresarial e, então, visualizara a vítima caída em frente a esse denunciado. Ato contínuo, segurara esse recorrente "*por trás*" e, ao perceber que esse acusado estava em poder de arma de fogo, dissera-lhe assim: "*você vai estragar a sua vida*".

Acrescentou que, após afirmar que "*não queria fazer isso*" e pedir para que ele (depoente) acionasse o socorro, o réu se evadira do local.

Informou, também, que, antes do crime sob apreço, *Fábio* frequentava a pizzaria em companhia dos amigos, bem como que, em razão do fato de eles deixarem as respectivas motocicletas nas calçadas "*fechando as entradas das casas vizinhas*" e do barulho produzido por esses veículos, ele (*Carlos*) recebera diversas reclamações dos moradores do local.

Expressou, por fim, que, cerca de quatro meses antes do fato sob exame, ocorrera discussão entre a vítima e esse denunciado motivada pelo "*fechamento da entrada de uma garagem*", bem como que nunca visualizara esse ofendido "*fazendo gestos de arma para o Cosme*".

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, ainda, ouvido sob o crivo do contraditório (folhas 219), o guarda municipal Kleber Benedito Hilário, à primeira vista, narrou, entre o mais, que, após ser informado acerca da ocorrência do delito sob apreço, dirigira-se ao local indicado na denúncia e, então, localizara a vítima ferida por disparos com arma de fogo e "*desacordada*".

A testemunha arrolada pela ilustre defesa, José Roberto dos Santos Silva, relatou em Juízo (folhas 220), entre outras expressões, que residia em frente à casa do recorrente, bem ainda que ficava incomodado com os barulhos no local

decorrentes da "*aceleração e estouros dos escapamentos das motocicletas*".

Aduziu que, como esses sons não cessassem, ele (*depoente*) pedira para o acusado "*tomar uma atitude pois ele era o dono do prédio*". Por sinal, esclareceu saber que esse réu - que era pessoa "*calma e pacífica*" – tivera discussão com a vítima.

Afirmou, por fim, desconhecer o fato sob exame, certo não haver presenciado Cosme realizando disparo contra o ofendido.

Ouvido sob o crivo do contraditório (folhas 221), o depoente Raimundo Márcio da Silva, por sua vez, asseverou que tivera conhecimento acerca da ocorrência de discussão entre esse denunciado e o "*grupo de motoqueiros*" que permanecia em frente à pizzaria, porquanto essas pessoas impediam a entrada dos automóveis.

Expôs, ainda, que Fábio frequentava esse estabelecimento empresarial e, em diversas ocasiões, "*estralava*" a motocicleta nesse local.

Informou, por fim, não haver presenciado o delito sob apreço.

Isso não bastasse, ao ser interrogado em Juízo (folhas 222/223), esse ora recorrente, em princípio, admitiu a prática das sobreditas agressões, conquanto afirmasse ter assim agido sem a intenção de matar a vítima.

Com efeito, esse acusado declarou, entre outras expressões, o seguinte: *"(...) Os motoqueiros costumavam parar as motos na frente da minha garagem, todas as vezes eu pedia para tirarem e eles tiravam, até que Fabio apareceu e começou a me provocar, dizendo e aí seu trouxa como é que você vai fazer para tirar o carro se está cheio de motos na frente. (...) Isso aconteceu uns três meses antes (...) No dia dos fatos houve a discussão no trânsito, fui para a casa, deixei o carro em frente, e após sai armado, o que levou uns 20 à 25 minutos. (...) Quando saí Fabio estava sentado no banco, e fui até ele tirar satisfações, ele tentou levantar e eu imaginei que ele estivesse com alguma coisa, e puxei a arma, momento que ele segurou e foi feito o disparo. (...) Ele ficou segurando a arma e eu fiquei tentando acionar o gatilho. Não sei explicar como o disparo pegou a parte de trás do rosto. Foram 03 disparos e a vítima saiu correndo e eu fui atrás. (...) O Carlos me pegou pelas costas e indagou o que eu fiz, e após os fatos eu saí de carro e joguei a arma no trajeto, perto de um mato (...)*".

Presentes os sobreditos depoimentos e declarações, à primeira vista, há contradição a envolver a versão desse réu e a apresentada pela vítima em Juízo, a gerar dúvida razoável acerca da presença de *animus necandi* na conduta desse denunciado, a qual, aliás, deve ser dirimida pelo Conselho de Sentença.

Deveras, ao menos por ora, considerado o local dos ferimentos causados no ofendido pelos disparos com arma de fogo, em princípio, verifica-se que os elementos de convicção depreensíveis do contido nos autos não possibilitam conclusão terminante a respeito desse comportamento do recorrente não

Acesso ao Sumário

estar animado por *animus necandi*. Daí, ora não se reconhecer a objetivada desclassificação para o delito de lesão corporal de natureza grave[1].

Por sinal, e conforme constou da respeitável decisão de pronúncia (folhas 248), à primeira vista, "*Não é o caso de desclassificação, pois se não fosse a intervenção de Carlos, poderia o réu ter consumado o fato, pois segundo narrou a vítima estava caída em frente ao réu segurando-lhe por trás.*

Aliás, o primeiro disparo foi no rosto, ou seja, local que poderia levar a vítima a óbito, o que afasta a tese de desclassificação, até porque, quem deseja apenas ferir não efetuaria disparo contra o rosto de outra pessoa, além do mais, perseguiu a vítima (...)".

Assim, e porque essas matérias – bem como as alegações relativas à ausência de testemunha presencial, à apontada conduta "*provocativa*" do ofendido e à existência de desentendimento pretérito entre este e o acusado – também deverão ser analisadas pelo Conselho de Sentença, ao menos nesta feita, não se reconhece caso de impronúncia desse denunciado ou de desclassificação da conduta a ele imputada.

Por outro lado, e conquanto esses dados não representem expressão de juízo terminante sobre o mérito, presentes estão os requisitos do artigo 413 do Código de Processo Penal. Daí ser de rigor a pronúncia.

Portanto, ao Conselho de Sentença incumbirá efetivamente julgar, absolvendo ou condenando, ou reconhecendo, ou não, o alegado pelo réu mediante este recurso, asseguradas amplitudes de acusação e defesa.

Nesse passo, aliás, é de relevo que, "*Na fase do judicium accusationis basta a demonstração dos requisitos da materialidade e autoria delitivas para a pronúncia. Havendo dúvida sobre o elemento animador da conduta do acusado, cabe ao seu Juiz Natural dirimi-la*"[2].

No que tange às qualificadoras referentes a motivo fútil e a recurso que dificultasse a defesa da vítima, é de serem elas mantidas, ao menos nesta feita, ou seja, mediante a presente decisão de pronúncia.

É que, "*Em respeito ao princípio do juiz natural, somente é cabível a exclusão das qualificadoras na sentença de pronúncia quando manifestamente improcedentes e descabidas, porquanto a decisão acerca da sua caracterização ou não deve ficar a cargo do Conselho de Sentença, conforme já decidido por*

Acesso ao Sumário

1 A esse respeito, aliás, é de registro acórdão do Superior Tribunal de Justiça cuja ementa é a seguinte: "*RECURSO ESPECIAL. TRIBUNAL DO JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. DESCLASSIFICAÇÃO. LIMITES DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS DE CONFIGURAÇÃO DO CRIME CONTRA A VIDA. VERIFICAÇÃO DO ANIMUS NECANDI. SITUAÇÃO DA PROVA QUE NÃO COMPORTA A ANÁLISE DO ELEMENTO SUBJETIVO. INVASÃO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL POPULAR. Constatada a presença de elementos suficientes da prática delituosa, não se pode retirar do exame da Corte Popular o julgamento do caso, sob pena de desrespeito ao referido princípio e à competência ditada pela Constituição Federal. Recurso especial provido*" (Recurso especial 952.440/DF, Sexta Turma, relatora a ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgamento em 28 de junho de 2011).

2 RT, 752:645.

esta Corte"[3].

Com efeito, constata-se, à primeira vista, haver indicadores de que esse recorrente supostamente disparara contra o ofendido em virtude de anterior desentendimento havido entre eles no trânsito. A esse respeito, aliás, ao menos nesta oportunidade, é de consideração o declarado por essa vítima em Juízo (folhas 217).

Consigna-se, a propósito, não comportar guarida, ao menos neste momento processual, a alegação da ilustre defesa no sentido de dever ser afastada a sobredita qualificadora, certo que "*a circunstância de discussão anterior entre vítima e acusado não exclui, por si só, a qualificadora referente ao motivo fútil*"[4].

Dessa forma, e conquanto ora não se declare definitivamente sobre o mérito, admite-se possa ter sido essa agressão decorrente de motivo fútil. Assim, e porque não absolutamente improcedente – ao menos nesta feita –, compete ao Conselho de Sentença dirimir a respeito.

No tocante à qualificadora referente a recurso que dificultasse a defesa da vítima, em princípio, consoante reconhecido por meio dessa respeitável decisão *a quo*, consta tivesse esse ofendido, em tese, sido surpreendido pelo réu sem oportunidade para se opor à agressão supostamente por ele praticada.

Por sinal, ao menos nesta feita, é de relevo ter *Fábio* informado sob o crivo do contraditório (folhas 217), à primeira vista, que esse denunciado falara "*e aí, e agora seu* trouxa" e, incontinenti, efetuara disparo com arma de fogo em direção do rosto dele.

Além disso, contrariamente ao argumentado pela ilustre defesa, ao menos neste momento processual, "*a circunstância indicativa de discussão anterior entre vítima e acusado não exclui, por si só, a qualificadora referente ao recurso que impossibilitou a defesa da vítima. O modo como se deu a execução do crime revela-se elemento indispensável na aferição da caracterização desta qualificadora*"[5].

A bem ver, ainda, *mutatis mutandis*, é de destaque aresto desta Corte, em parte, assim fundamentado:

"Apurou-se que as partes discutiram até que em determinado momento, sem que a vítima pudesse esboçar qualquer reação, Antonio sacou a faca que trazia consigo e desferiu 07 (sete) golpes contra o corpo de Josias que acabou falecendo em decorrência de perfurações do átrio direito e da artéria aorta. (...)

3 Trecho de ementa relativa ao *habeas corpus* 117055, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, relator o ministro Jorge Mussi, julgamento em 23 de março de 2010.

4 Trecho de ementa referente ao *habeas corpus* 162401/GO, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, relatora a ministra Laurita Vaz, julgamento em 27 de março de 2012.

5 Trecho de acórdão do Superior Tribunal de Justiça relativo ao recurso especial 973603/MG, Quinta Turma, relator o ministro Felix Fischer, julgamento em 2 de setembro de 2008.

Acesso ao Sumário

Também, a nosso ver, no presente momento não há que se falar no afastamento da qualificadora descrita na inicial acusatória, tendo em vista a existência de indícios de que o réu agiu com emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima, pois desferiu 07 (sete) facadas contra vítima desarmada, competindo ao Tribunal do Júri a valoração do conjunto probatório nesse sentido e a decisão final a respeito"[6].

Considera-se ainda o parecer da douta Procuradoria de Justiça.

Presentes esses fundamentos, e reiterando não se expressar juízo terminante sobre o mérito, nesta feita se desacolhe o alegado por esse recorrente (motivo de descrição resumida no relatório deste voto).

À vista do exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 0001095-87.2018.8.26.0696, da Comarca de Foro de Ouroeste, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido ADELSON DE SOUZA GOMES.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.939)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente), JOÃO MORENGHI e ANGÉLICA DE ALMEIDA.

São Paulo, 14 de novembro de 2018.

VICO MAÑAS, Relator

Ementa: Recurso em sentido estrito do Ministério Público – pleito de prisão preventiva subsequente a condenação pelo Júri indeferido pelo Juiz Presidente – ausência dos pressupostos da medida – execução provisória de veredito condenatório viola o princípio da presunção de inocência – decisão de primeiro grau, ainda sujeita a recurso – inaplicabilidade da decisão do STF no ARE 964246, dotada de repercussão geral – ausência de mácula à soberania dos vereditos.

Acesso ao Sumário

6 Recurso em sentido estrito 0012906-04.2010.8.26.0606, 4ª Câmara de Direito Criminal, relator o desembargador Salles Abreu, julgamento em 26 de junho de 2012. Os grifos apostos não constam da redação original.

VOTO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo representante do Ministério Público contra a decisão do MM. Juiz de Direito da Comarca de Ouroeste que indeferiu pedido de prisão preventiva formulado após condenação de Adelson de Souza Gomes pelo Tribunal do Júri a 15 (quinze) anos, 07 (sete) meses e 14 (catorze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 121, § 2º, II e IV, c.c. art. 14, II, ambos do Código Penal (fl. 496).

Inconformado, pretende a reforma da decisão, sob o argumento de que deve prevalecer a soberania do veredito, não se verificando na imediata execução provisória da pena ofensa ao princípio da presunção de inocência.

Oferecidas as contrarrazões (fls. 509/519) e mantida a decisão combatida (fl. 520), a D. Procuradoria da Justiça opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Adelson foi condenado porque, em 28.04.2011, tentou matar ex-companheira, atingindo-a com diversas facadas no abdômen, pescoço, costas e braço. Socorrida, a vítima passou por cirurgias e sobreviveu.

Em sessão do Júri ocorrida em 07.03.2018, sobrevindo inculpação, o Promotor solicitou a "aplicação imediata" da decisão dos jurados, pois "constitucionalmente soberana". Ademais, "considerando a pena aplicada, a fuga do agente do distrito da culpa é uma questão de tempo" (fl. 496).

O Magistrado indeferiu o pleito, salientando que "a presunção de inocência também tem guarida constitucional e no entendimento mais recente do STF apenas é afastada com a confirmação da condenação em segunda instância. Como o Tribunal do Júri, embora seja órgão colegiado, está situado na primeira instância, deve prevalecer a presunção de inocência. Por sua vez, os requisitos do art. 312 do CPP não estão presentes. Não há indício mínimo sequer de fuga. Além disso, tratando-se de crime passional, como o réu é primário e tem bons antecedentes, a reiteração criminosa não é provável" (fl. 496).

A mesma argumentação quanto à ausência dos pressupostos da segregação cautelar foi repetida na sentença para autorizar o apelo em liberdade, acrescentando-se que o acusado respondeu solto ao processo (fls. 486/487).

O réu apelou (fl. 496).

Correto o entendimento do Juiz.

Não se pode confundir a execução provisória de pena definida em decisão de segunda instância, em grau de recurso, com execução provisória de sanção determinada por veredito do Júri.

No primeiro caso, conhecida compreensão recente do Supremo Tribunal Federal, dotada de repercussão geral, dispõe o seguinte:

Acesso ao Sumário

> "CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria. (ARE 964246 RG, Relator Min. Teori Zavascki, Julgado em 10/11/2016, Processo Eletrônico: Repercussão Geral - Mérito Dje-251 Divulg 24-11-2016 Public 25-11-2016).

Estatuiu a Corte Constitucional, pois, que não fere o princípio da presunção de inocência o cumprimento imediato de reprimenda estipulada por Tribunal em grau recursal, mesmo que pendentes de apreciação recursos a Cortes Superiores.

Trata-se, assim, de situação bastante diferente da vista nestes autos. O Tribunal do Júri, por óbvio e como bem recordado pelo Magistrado, é órgão de primeiro grau. A decisão que profere não decorre de análise de recurso. O envio do caso a Tribunal configura corolário do também constitucional, embora implícito, princípio do duplo grau de jurisdição, e a execução provisória da sanção nessa hipótese, se não alicerçada em fatores justificantes da custódia cautelar, fere, sim, a garantia da presunção de inocência. Tal não significa qualquer mácula à soberania dos vereditos, até porque, no exame de eventual apelação, a Corte Estadual poderá ordenar novo julgamento, se contrária a decisão dos jurados à prova dos autos.

Diante disso, não se compreende como o efeito suspensivo conferido ao recurso que mantém intacto o veredito - poderia ofender a soberania da decisão dos jurados, enquanto a possibilidade de vir a ser integralmente cassada por acórdão do Tribunal "ad quem" não violaria tal preceito.

Acesso ao Sumário

Não por outro motivo, ao examinar o tema, a 1ª Turma do STF mostrou-se dividida.

No mesmo "Habeas Corpus" 118.770/SP, julgado em 07.03.2017 e trazido à colação pelo Promotor, o Relator, Ministro Marco Aurélio, que já havia deferido liminar para revogar prisão preventiva do paciente inculpado pelo Júri, consignou que:

> "A custódia preventiva – medida excepcional – só pode ser determinada presentes os requisitos dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal. A prisão provisória, quando fundamentada de forma genérica, ofende o princípio da não culpabilidade. Nada ocorreu que

justifique a mudança do que consignei, em 5 de maio de 2016, ao deferir a liminar".

Em seu voto, portanto, ratificava a liminar e concedia a ordem para revogar a segregação, dado o excesso de prazo que se caracterizara, sem vislumbrar nisso infringência à soberania do veredito, proferido anos antes, em 15 de abril de 2009, e ainda com apelação pendente de julgamento. No despacho liminar, aliás, deixou expresso que o réu estava preso há mais de nove anos "sem culpa formada".

O Ministro Luís Roberto Barroso, contudo, entendeu que "não viola o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso", dada a soberania dos vereditos e o fato de que "os tribunais não podem substituir a decisão proferida pelo júri popular".

No entanto, como já referido acima, se é verdade que os Tribunais não podem substituir a decisão do Júri, podem, por outro lado, determinar a submissão do caso a nova análise por jurados, hipótese em que um acusado condenado na primeira ocasião pode vir a ser inocentado. De se questionar como a prisão automática em situação como essa não violaria a presunção de inocência.

A soberania dos vereditos reside no fato de constituírem a palavra final no procedimento do Júri, o que não significa que não possam ser revistos pelo próprio Tribunal Popular, por única vez sob o mesmo fundamento. Reiterado o entendimento dos jurados, só restará à Corte Estadual acatá-lo.

Frise-se que, ao revés da decisão proferida no ARE 964246, não dotada de repercussão geral a decisão no HC 118.770/SP, até porque, na ocasião, a maioria entendeu por não conhecer da impetração, ante a inadequação da via eleita. Nada impede, pois, que esta Câmara adote compreensão diversa, como tem feito o C. Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. NÃO EXAURIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE DECISÃO DECRETANDO A SEGREGAÇÃO CAUTELAR. PRISÃO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

Caso em que o paciente, após responder ao processo em liberdade, foi condenado no dia 19/06/2018 pelo Tribunal do Júri à pena de 12 anos de reclusão. Na mesma oportunidade, o juiz-presidente acolheu o pedido ministerial formulado com base no acórdão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, proferido no julgamento do HC 118.770/SP, e deferiu a imediata execução provisória da pena.

Acontece que a conclusão majoritária do referido julgado foi no

Acesso ao Sumário

sentido de não admitir a impetração, sem comprometimento com a respeitável tese esboçada na ementa do digno Redator para o acórdão.

Não há notícia, aliás, de qualquer precedente da Segunda Turma ou do Pleno do STF que proclame a execução provisória da pena antes do exame da sentença condenatória pelo Tribunal de apelação, como entendeu o acórdão impugnado.

Na verdade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão do dia 17/2/2016, ao julgar o HC n. 126.292/SP, entendeu que o início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência. Submetida a questão à sistemática da repercussão geral, o Pleno do Pretório Excelso reafirmou sua jurisprudência no sentido de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal" (ARE n. 964.246/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 25/11/16).

Na espécie, é prematuro antecipar a execução da pena antes de se submeter o édito condenatório do Tribunal do Júri ao controle revisional da Corte de apelação, com a efetiva estabilização da discussão sobre a matéria fática. Precedentes.

Em suma, a execução provisória da pena, in casu, foi determinada pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri em face do veredicto popular, antes mesmo da interposição do recurso de apelação cabível para a instância ad quem, o que configura manifesta ilegalidade, passível de correção de ofício por esta Corte Superior de Justiça (RHC 84.406/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 01/02/2018).

De qualquer modo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, salvo pontuais divergências, sempre entenderam que a decisão do Tribunal do Júri não é imediatamente exequível. A soberania dos veredictos não é absoluta e convive em harmonia com o sistema recursal desenhado pela Lei Adjetiva Penal. O fato de a Corte revisora, no julgamento de apelação contra decisão do Tribunal do Júri, não estar legitimado a efetuar o juízo rescisório, não provoca a execução imediata da sentença condenatória, pois permanece incólume a sua competência para efetuar o juízo rescindente e determinar, se for o caso, um novo julgamento, com reexame de fatos e provas.

Habeas corpus não conhecido. Ordem, no entanto, concedida de ofício para suspender o processo de execução provisória da pena até o exaurimento dos recursos sujeitos a julgamento pelo Tribunal estadual, assegurando ao paciente o direito à liberdade, mediante medidas cautelares a serem estabelecidas pelo Juízo de primeiro grau, se necessárias, salvo se estiver preso cautelarmente por outro motivo"

Acesso ao Sumário

(HC 462.763/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 28/09/2018).

Na mesma linha, este Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. CONDENAÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. Não exaurimento das instâncias ordinárias. Impossibilidade. Paciente que respondeu em liberdade no curso do processo, sem qualquer intercorrência. Determinação que carece de lógica jurídica, à míngua de fundamentação concreta que torne insofismável a necessidade da extrema medida. Constrangimento ilegal configurado. Precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça. ORDEM CONCEDIDA" (Habeas Corpus nº 2116806-60.2018.8.26.0000, Monte Mor, 16ª Câmara Criminal, Rel. Camargo Aranha Filho, j. 17.08.2018).

"A imutabilidade de decisão resultante do julgamento pelo Tribunal do Júri, ainda que mais restrita, em face do disposto no artigo 593, III, a a d e parágrafos 1º a 3º, do Código de Processo Penal, não supera a violação ao duplo grau de jurisdição, ao impor a execução da pena provisória, sem que a decisão seja submetida ao segundo grau de jurisdição" (Voto vencedor da Des. Angélica de Almeida no Habeas Corpus nº 2189767-33.2017.8.26.0000, Ribeirão Preto, 12ª Câmara Criminal Rel. Designado João Morenghi, j. 07.02.2018).

Em suma, ausentes os requisitos da custódia cautelar, como bem justificado pelo Magistrado, não há razão para a segregação do réu nesta etapa.

Frente ao exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 0005199-29.2017.8.26.0318, da Comarca de Leme, em que é recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é recorrido ARLINDO LIRA FILHO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Via de consequência, NÃO CONHECERAM do Recurso em sentido Estrito interposto pelo Ministério Público. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.010)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente), MARCO ANTÔNIO COGAN e GRASSI NETO.

São Paulo, 29 de novembro de 2018.

SÉRGIO RIBAS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – Vias de fato e ameaça – Recurso ministerial – Pretendida interpretação extensiva ao disposto no artigo 581, inciso V, do Código de Processo Penal – Indeferimento por parte da MM. Juíza de Direito "a quo" de medida protetiva postulada pelo órgão ministerial – Curso de reeducação familiar (artigo 22, "caput", da Lei n. 11.340/06) – Inadmissibilidade – Por não estar elencada entre as situações que admitem o recurso em sentido estrito nem com elas possuindo relação que admita interpretação extensiva, é descabido o manejo desse recurso contra a decisão do Juízo de primeiro grau que indeferiu medida protetiva consistente em curso de reeducação familiar – Recurso não conhecido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pela Justiça Pública, relativamente à r. decisão de fls. 37/38, que indeferiu o seu pedido de fls. 31/32, o qual pretendia o encaminhamento do recorrido Arlindo Lyra Filho para curso de reeducação familiar.

Inconformado, recorre o D. representante ministerial (fls. 01/06), aduzindo, em síntese que, à luz do disposto no artigo 22, *caput*, da Lei 11.340/06, as medidas protetivas de urgência devem ser aplicadas pelo juiz, não sendo possível ao Ministério Público fazê-lo de ofício, razão pela qual incabível sustentar que tais providências poderão ser adotadas pelo representante ministerial. Conclui que em razão dos fatos ocorridos, a medida protetiva de reeducação familiar do recorrido é fundamental para impedir novas agressões.

Contrariado o recurso às fls. 49/53.

Mantida a r. decisão às fls. 47, o D. representante da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 58/68, opinou pelo provimento do recurso interposto.

É o relatório.

Segundo consta dos autos, no dia 26 de janeiro de 2017, na Rua Hormindo de Queiroz, n° 276, Vila Eroise, na cidade e comarca de Leme/SP, o Recorrido, prevalecendo-se de relações domésticas, teria praticado vias de fato contra a vítima Viviane Roberta Pinto Lyra e, nas mesmas circunstâncias de tempo e local, teria ameaçada, por palavras, causar mal injusto e grave à pessoa de Viviane Roberta Pinto Lyra.

Em seguida, ao receber a denúncia, a MM. Juíza de Direito indeferiu o pedido de encaminhamento do recorrido para curso de reeducação familiar sob

Acesso ao Sumário

o argumento principal de que o Juízo não tinha meios, tempo hábil e número bastante para a criação de Anexo da Violência Doméstica contra a mulher, e que, por tal fato, tais providências poderiam ser adotadas pelo representante do Ministério Público.

Estes são os fatos.

Inicialmente, registro que o recurso interposto não merece ser conhecido, eis que o ilustre representante do *parquet* pretende interpretação extensiva ao disposto no artigo 581, inciso V, do Código de Processo Penal.

É admitida apenas a interpretação extensiva das hipóteses legais de cabimento. Por exemplo, o inciso I do artigo 581, do CPP prevê ser cabível o recurso em sentido estrito contra a decisão que não recebe a denúncia ou a queixa. Assim, por interpretação extensiva, é possível também a sua interposição contra a decisão que não recebe o aditamento à denúncia ou queixa.

Entretanto, em razão da legalidade estrita e do próprio princípio do devido processo legal, não é admissível que, por interpretação analógica, se permita a utilização de determinado recurso quando a lei não o prevê para aquela situação concreta.

Demais disso, o recurso em sentido estrito constitui exceção à regra geral da irrecorribilidade das decisões interlocutórias no processo penal, motivo pelo qual não se admite a ampliação da sua abrangência por meio da interpretação analógica.

Nesse sentido, a doutrina não discrepa: O recurso no sentido estrito é cabível contra decisões, de regra, interlocutórias, nos casos expressos em lei. A denominação "no sentido estrito" significa que só é admissível o recurso nos casos taxativos previstos em lei, atuando, portanto, estritamente nos casos nela expressos. Aliás o Código, quando usa somente o termo "recurso", está se referindo ao recurso no sentido estrito. O rol legal, portanto, constante do art. 581 e de leis especiais é taxativo, não comportando ampliação por analogia, porque é exceptivo da regra da irrecorribilidade das interlocutórias. Todavia, como qualquer norma jurídica, podem as hipóteses receber a chamada interpretação extensiva. Esta não amplia o rol legal; apenas admite que determinada situação se enquadra no dispositivo interpretado, a despeito de sua linguagem mais restritiva. A interpretação extensiva não amplia o conteúdo da norma; somente reconhece que determinada hipótese é por ela redigida, ainda que a sua expressão verbal não seja perfeita. Assim, em diversos incisos do art. 581, serão apontadas situações por ele regidas, porque equivalentes às do texto literal, sem que isso signifique ampliação do rol legal. (GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 9ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 386).

E ainda: Cremos que a matéria é de direito estrito e, assim, não pode comportar aplicação analógica. Ali não há enumeração exemplificativa, mas

Acesso ao Sumário

taxativa. Fosse exemplificativa e não haveria necessidade de se elencarem todas aquelas hipóteses. Tampouco se cuidaria da apelação como recurso residual para os casos de decisões definitivas ou com força de definitivas (CPP, art. 593, II). No sentido da taxatividade: Frederico Marques, Elementos, cit., v. 4, p. 282, n. 1.107; Hélio B. Tornaghi, Curso, cit., v. 2, p. 317; Ada Pellegrini Grinover, A nova lei penal; a nova lei processual penal, Revista dos Tribunais, 1977, p. 128; Florêncio de Abreu, Comentários, cit. v. 5, p. 249, n. 119. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. Vol. 4, 34ª ed. rev. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011 São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 438).

Sendo assim, por não estar elencada entre as situações que admitem o recurso em sentido estrito nem com elas possuindo relação que admita interpretação extensiva, é descabido o manejo desse recurso contra a decisão do Juízo de primeiro grau que indeferiu medida protetiva consistente em curso de reeducação familiar (artigo 22, "caput", da Lei n. 11.340/06).

Via de consequência, NÃO CONHEÇO do Recurso em sentido Estrito interposto pelo Ministério Público.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 1003737-50.2018.8.26.0038, da Comarca de Araras, em que é recorrente D.A.G., é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.509)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente sem voto), ALCIDES MALOSSI JUNIOR e ROBERTO PORTO.

São Paulo, 29 de novembro de 2018.

GRASSI NETO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Recurso em sentido estrito – Crime contra a dignidade sexual – Assédio sexual – Representação – Manifestação inequívoca de vontade da vítima, no sentido de ver o réu processado – Entendimento – Em havendo exteriorização de vontade inequívoca por parte da vítima, no sentido de ver o réu processado

por crime contra a dignidade sexual, e tendo referida vontade sido manifestada dentro do prazo legal, tal manifestação deve ser tida como representação, mesmo porque tal ato prescinde de formalidades.

VOTO

Vistos,

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por D.A.G., com fundamento no art. 581, X, do CPP, contra a r. decisão de fls. 83/86, do MM. Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Araras que, ao denegar *habeas corpus*, que tinha por intuito trancar o procedimento n. 359/18, determinou o prosseguimento da investigação do recorrente pela suposta prática do delito previsto no art. 216-A do CP, até seus ulteriores termos.

Pugna a Defesa pela reforma da r. decisão recorrida, para que seja determinado o trancamento do procedimento investigativo em tela, sob a alegação de ter se operado a decadência, decorrente do transcurso *in albis* do prazo para as ofendidas ofertarem representação.

Processado e contra-arrazoado o recurso, a r. decisão impugnada foi mantida (fls. 102), tendo a D. Procuradoria Geral de Justiça se manifestado pelo seu desprovimento.

É o Relatório.

O recurso não comporta conhecimento, eis que a matéria arguida já foi plenamente analisada e decidida por esta Col. Oitava Câmara Criminal, por ocasião do julgamento do *habeas corpus* n. 2147007-35.2018.

Segundo consta dos autos, por diversas vezes, até o dia 26 de outubro de 2017, D. teria assediado sexualmente R.A.C. e D.K.L.S., suas funcionárias.

Tinha por hábito fazer brincadeiras e perguntas de cunho sexual, como, por exemplo, lhes indagando sobre o que achavam de sexo anal. Certa vez, chegou a fazer a seguinte pergunta a uma das vítimas: "você está namorando? Eu preciso de uma novinha para dar uma ou duas" (fls. 20).

Apesar de as vítimas terem prontamente noticiado os fatos à instituição de ensino (...), onde os envolvidos trabalham, as ofendidas apenas lavraram boletim de ocorrência em 13 de abril de 2018 (fls. 17/18); ou seja, 05 meses e 16 dias após a última ocorrência.

Em 15 de maio de 2018 (06 meses e 18 dias após os fatos), as vítimas foram efetivamente ouvidas perante a Autoridade Policial e ofereceram representação (fls. 19/20).

Indagadas acerca da demora na representação, as ofendidas disseram que não noticiaram os fatos antes, pois temiam perder seus empregos, e também

Acesso ao Sumário

porque a reitoria da faculdade as havia informado de que a situação iria ser resolvida, o que, contudo, não ocorreu.

Contra a instauração da investigação, o recorrente impetrou *habeas corpus* perante o Juiz *a quo*, que foi fundamentadamente denegado, conforme decisão de fls. 83/86, "considerando que os fatos ocorreram em 26/10/2017 e a declaração de vontade em 13/04/2018", de modo que "não restou superado o prazo decadencial de 06 meses" (fls. 85).

Em síntese, entendeu o Juiz *a quo* que a representação, por ser ato informal, ocorreu efetivamente por ocasião da lavratura do boletim de ocorrência, ato no qual foram prestadas pelas ofendidas todas as informações que poderiam servir à apuração do fato e da autoria (art. 39, §2º, CPP). Conforme bem fundamentado a fls. 83:

> No caso em tela, mostra-se inequívoco o interesse de representação das ofendidas, o qual pode ser deduzido do contexto dos autos, tendo em vista que estas compareceram à delegacia (dentro do prazo decadencial) e, após lavratura do Boletim de Ocorrência, que conta com a assinatura de ambas (fls. 13/14), terem apresentado à Autoridade Policial, desde logo, áudios corroborando os fatos narrados (ocorrência de crime).
>
> Do mesmo modo, quando solicitadas, as vítimas ratificaram (fls. 17/18), formalmente, a prévia e inequívoca manifestação de vontade (representação) oferecida quando da narrativa dos fatos e entrega de gravações à autoridade policial (fls. 13/14).
>
> Cabe ressaltar, como bem pontuado pelo Ministério Púbico, que as vítimas não podem ter seus direitos tolhidos por eventual equívoco da autoridade policial que, por um lapso, deixou de constar expressamente o vocábulo "representação" na primeira ocasião em que compareceram à sua presença e relataram os fatos, apresentando provas (fls. 13/14).
>
> Diante da denegação da ordem, a investigação permanece em curso.

Destaque-se que, contra referida decisão denegatória de *habeas corpus*, além da interposição do presente recurso em sentido estrito, foi impetrado o *habeas corpus* n. 2147007-35.2018, que versa exatamente a mesma matéria do presente recurso, também almejando o trancamento da investigação, por suposta ausência de representação dentro do prazo legal.

Mencionado *habeas corpus*, por votação unânime, foi denegado por esta Colenda Oitava Câmara em 23 de agosto de 2018. Verificando-se, assim, a identidade entre os dois pedidos interpostos junto a este E. Tribunal, chega-se à conclusão de que o atual pedido seria simplesmente reiteração daquele pleito anterior, o que, por si só, inviabilizaria o conhecimento do presente recurso.

A reiteração de pedidos, com efeito, só pode ser admitida quando amparada em fundamentos novos, o que não ocorreu na espécie em exame.

Ressalte-se, de todo modo, que a decisão ora recorrida se mostra acertada,

Acesso ao Sumário

cumprindo ser mantido o inquérito policial em curso, no qual o recorrente é investigado pelo crime de assédio sexual.

A representação é, de fato, ato informal, prescindindo de qualquer rigorismo. Neste sentido:

> A representação prescinde de qualquer formalidade. O ofendido pode comparecer à delegacia, registrar a ocorrência e manifestar expressamente, no próprio boletim, o seu desejo de ver o agressor processado. Pode, ainda, ser ouvido em declarações e, mesmo que não diga expressamente o termo representação, é cabível deduzir-se o seu intento no modo como se refere ao caso e ao ofensor. Assim, a vítima que deixe nítida a sua vontade de ser feita justiça ou de que o agente responda pelo que lhe causou está, na prática, exercendo seu direito de representação[1].

Consta do boletim de ocorrência a seguinte descrição dos fatos, a fls. 14:

> Comparecem nesta unidade policial as vítimas informando o que segue: que são funcionárias no (...) e que o autor também trabalha no mesmo local, sendo o chefe superior direto das mesmas. Que constantemente o autor em conversas com as vítimas em particular, abordava assuntos íntimos, relacionados à sexualidade, o que as deixavam constrangidas. As vítimas se sentiram assediadas pelo autor, razão pela qual registram a referida ocorrência. Neste ato apresentam áudios que comprovam os fatos.

Inquestionável, pelo teor do boletim de ocorrência, que as vítimas manifestaram desejo inequívoco de ver o ora recorrente processado pelo assédio sexual cometido contra elas. Como muito bem ponderado pelo i. parecerista oficiante, a fls. 145/146:

> A manifestação de vontade da ofendida no sentido de que o ofensor seja criminalmente processado deve ser aferida sem rigores formalísticos, caracterizando-se na elaboração de boletim de ocorrência, *notitia criminis*, declarações da ofendida em sede policial ou em Juízo etc.
>
> No caso em análise as ofendidas compareceram na Delegacia de polícia no dia 13/04/2018.
>
> Narraram os fatos típicos praticados pelo paciente em 26/10/2017, portanto, dentro do prazo decadencial (fls. 13/14).
>
> Consigno que as vítimas assinaram o boletim de ocorrência (fls. 14) e na mesma data providenciaram a juntada de áudios que comprovam os fatos (fls. 21/31).
>
> Repito, por oportuno, que os áudios acostados aos autos na data da lavratura do boletim de ocorrência contêm veementes indícios dos fatos típicos praticados pelo paciente/recorrente.
>
> Portanto, evidente que as ofendidas tempestivamente manifestaram suas

Acesso ao Sumário

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 149/150.

vontades no sentido de que o recorrente seja criminalmente processado, não havendo que se falar em ausência de condição específica de procedibilidade da ação penal.

Diante da natureza informal da representação, bem como do inequívoco desejo manifestado pelas vítimas de ver o réu processado, dentro do prazo previsto no art. 38 do CPP, não era mesmo caso de trancamento do inquérito policial, sendo de rigor, portanto, a continuação do procedimento investigativo, até seus ulteriores termos.

Ante o exposto, não se conhece do recurso interposto pela Defesa em favor de D.A.G.

Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária nº 1000750- 90.2018.8.26.0248, da Comarca de Indaiatuba, em que é recorrente MM. JUIZ DE DIREITO "EX OFFICIO", é recorrido MOISÉS BUFALO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram, pois, o r. parecer do e. Dr. CARLOS HENRIQUE MUND, Procurador de Justiça (fls. 42/43), para propor à turma julgadora o PROVIMENTO DO REEXAME NECESSÁRIO e a revogação da reabilitação, com a observação atinente ao quanto posto no art. 749 do CPP. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.201)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), AMARO THOMÉ e SILMAR FERNANDES.

São Paulo, 8 de novembro de 2018.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Ementa: Reabilitação. Desatendimento das provas obrigatórias dos arts. 94, I do Cód. Penal, 743 e 744 do Cód. de Processo Penal. Acolhimento do recurso *ex officio*, cancelada a reabilitação, com observação do quanto posto no art. 749 do Cód. de Processo Penal.

VOTO

Acesso ao Sumário

Com anuência do Ministério Público, o MM Juiz, na origem, deferiu reabilitação e *ex officio* remeteu os autos para o Tribunal de Justiça, cf. fls. 28/29.

E aqui, nesta Instância, o r. parecer da d. Proc. Geral de Justiça é pelo cancelamento da reabilitação, por conta da falta de documentos.

É o relatório.

Voto

Condenado na origem, teria cumprido a corporal em meados de 2010, do que decorreu o pedido de reabilitação acolhido em 1º grau, repito, inclusive com pronunciamento favorável do *Parquet.*

A certidão de fl. 6 remete a pretérita violação da lei antitóxicos.

E o r. parecer da d. Proc. Geral de Justiça é pelo indeferimento, ora acolhido porque o interessado não fez prova cabal de estar trabalhando, juntando a fl. 7 uma ficha de recursos humanos sem maiores esclarecimentos, imprescindível a exibição da carteira profissional ou, ao menos, incontroversos boletos de pagamento ao longo do período de trabalho, ou seja, desde 2013 (cf. fl. 2 *in limine*).

Esta a prova maior de que se houve com retidão no que diz respeito ao pré-requisito do art. 94, II do CP, provas cabais, efetivas e constantes de bom comportamento.

Mas também faltaram as provas incontroversas de domicílio ao longo do período decorrente de sua liberação, por conta do quanto posto nos arts. 743 e 744 do CPP.

A indicação dos locais onde esteve é pressuposto fundamental, exatamente para que pudéssemos verificar as condições previstas nos incisos do art. 744.

Noutras palavras, a mera exibição de documentos sem a identificação real, cabal e incontroversa de seus emissores, de sorte a serem concretamente conferidos, sem olvidar a imprescindibilidade de se constatar a real conduta social a partir do retorno à rotina pós-prisional, não preencheram aquelas determinações legais.

Bom comportamento há de ser mais do que o que aqui restou oferecido como prova, inservível a só ausência de anotações nas folhas de antecedentes (RJTJESP 91/393).

Acolho, pois, o r. parecer do e. Dr. CARLOS HENRIQUE MUND, Procurador de Justiça (fls. 42/43), para propor à turma julgadora o **PROVIMENTO DO REEXAME NECESSÁRIO** e a revogação da reabilitação, com a observação atinente ao quanto posto no art. 749 do CPP.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária nº 1001089- 95.2017.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente MM. JUIZ DE DIREITO "EX OFFICIO", é recorrido ALFREDO REIS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.405)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO (Presidente), CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO e ÁLVARO CASTELLO.

São Paulo, 3 de dezembro de 2018.

RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, Relator

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO. *Habeas corpus.* Sentença concedendo a ordem para o trancamento de inquérito policial. Causar desabamento ou desmoronamento. Necessidade de queda de enorme ou pesada estrutura. A queda de peça utilizada no andaime de uma obra configura conduta atípica. Mantida a sentença. NEGA- SE PROVIMENTO AO RECURSO.

VOTO

Trata-se de recurso *ex officio* em habeas corpus impetrado por Luciene Telles em favor de Alfredo Reis, alegando constrangimento ilegal praticado pela Autoridade Policial do 9º Distrito Policial da Capital, consistente na possibilidade de indiciamento do paciente em inquérito policial em trâmite no 9º D.P., considerado abusivo pela impetrante.

Pela r. sentença de fls. 71/73 foi concedida a ordem para determinar o trancamento do inquérito policial iniciado com o Boletim de Ocorrência nº 758/17 do 9º Distrito Policial da Capital.

Em seu parecer a fls. 85/88, o douto Procurador de Justiça opinou pelo não provimento do recurso.

É O RELATÓRIO.

Consta dos autos que foi iniciada uma investigação para apurar e esclarecer a autoria de crime de desabamento ou desmoronamento tipificado no artigo 256, "caput", do Código Penal, supostamente cometido por Alfredo Reis.

Acesso ao Sumário

Conforme informação prestada pela autoridade policial, no procedimento inquisitorial constaria a informação de que Alfredo Reis seria responsável pelo deslocamento de uma peça utilizada no andaime, que caiu acidentalmente no telhado do imóvel vizinho.

O artigo 256 do Código Penal prevê como crime "Causar desabamento ou desmoronamento, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem".

Tanto a jurisprudência quanto a doutrina entendem que desabar e desmoronar significam a queda de "enorme ou pesada estrutura ou massa que venha abaixo, total ou parcialmente". Ainda, há o entendimento de que a simples queda de materiais isolados não tipifica o crime.

No caso em tela houve o desprendimento de peça de andaime utilizado em uma obra, sem qualquer notícia ou perícia no sentido de que se tratava de enorme ou pesada estrutura. Pelo que se depreende das fotos de fls. 28/32, a peça de andaime causou apenas a quebra de algumas telhas do imóvel vizinho, mais um fato a corroborar que não se tratou de desabamento de grande estrutura.

Dessa maneira, a atipicidade se faz presente, sendo o caso de manutenção do trancamento do inquérito policial.

Isto posto, NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso.

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0022387-82.2018.8.26.0000, da Comarca de Tremembé, em que é peticionário PLINIO AUGUSTO NOGAROTTO.

ACORDAM, em 6º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "conheceram e deferiram a presente Revisão Criminal, para absolver Plinio Augusto Nogarotto, do delito previsto no artigo 16, inciso III, da Lei nº 10.826/2003, com fundamento no artigo 386, inciso III, c.c. o artigo 626, ambos Código de Processo Penal.V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.316)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente), AMABLE LOPEZ SOTO, ANGÉLICA DE ALMEIDA, GUILHERME G. STRENGER, MARIA TEREZA DO AMARAL, XAVIER

Acesso ao Sumário

DE SOUZA e SALLES ABREU.

São Paulo, 7 de novembro de 2018.

PAULO ROSSI, Relator

Ementa: REVISÃO CRIMINAL – APELAÇÃO CRIMINAL. POSSE DE EXPLOSIVO, ART.16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO III, DA LEI 10.826/03. FOGOS DE ARTIFÍCIO. ATIPICIDADE. ABSOLVIÇÃO – A posse de fogos de artifício não caracteriza a infração descrita no art. 16, parágrafo único, III, da Lei nº 10.826/2003.

Revisão conhecida e deferida.

VOTO

Vistos.

1 – Trata-se de revisão criminal ajuizada por Plínio Augusto Nogarotto, o qual foi absolvido em 1ª Instância, pela pratica o delito previsto no artigo 16, parágrafo único, inciso III, da Lei n° 10.826/2003, com fundamento no inciso III, art. 386, do Código de Processo Penal (fls.234/236 – autos principais) e, o Ministério Público recorreu.

A sentença penal absolutória foi reformada pela 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que: "*Deram provimento ao apelo ministerial, a fim de condenar PLÍNIO AUGUSTO NOGAROTTO a 03 anos de reclusão, em regime aberto, e a pagar 10 dias-multa, no valor unitário mínimo, por incurso no artigo 16, parágrafo único, inciso III, da Lei n° 10.826/2003, substituída a sanção carcerária por prestação de serviços comunitários, pelo mesmo prazo, na forma e local a serem definidos pelo Juízo das Execuções, além de outra multa, idêntica à já aplicada (10 dias-multa, no piso), e que com ela conviverá. V.U.*" (fls.319/328 - autos principais).

O acórdão transitou em julgado para o Ministério Público aos 28 de maio de 2014 e para a defesa aos 18 de abril de 2017 (fls.331 – autos principais).

Na presente ação de revisão criminal requer a absolvição, com fulcro nos artigos 386, III e artigo 626, ambos do Código de Processo Penal e, a restituição pelos valores pagãos e indenização (fls.02/10).

Requisitados e apensados os autos da ação penal.

A d. Procuradoria de Justiça opinou pelo indeferimento (fls.85/91).

É o relatório.

2 – Conforme o Código de Processo Penal disciplina as hipóteses de cabimento da Revisão Criminal da seguinte forma:

Acesso ao Sumário

"Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena."

Não obstante o art. 621, do CPP, dispor de hipóteses de cabimento bastante restritivas, é certo que a jurisprudência já se posicionou favorável à possibilidade de conhecimento da revisional, quando se observa que a decisão condenatória se funda em erro técnico ou injustiça evidente.

"Impõe-se o conhecimento do pedido revisional fundado no artigo 621, incisos I e III, do Código de Processo Penal, se a alegação é de julgamento contrário a texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos, assim como de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena." (TJMS. Revisão Criminal 2010.010310-1. Rel. Juiz Manoel Mendes Carli. Seção Criminal. j. 21/07/2010. DJ 26/07/2010).

"Não é o caso de não-conhecimento do pedido, só porque a pretensão encerra mera reapreciação de tema já examinado em apelação, havendo necessidade de análise do pedido, para que fique evidenciada a inocorrência ou não de injustiça e também para que o requerente entenda as razões do indeferimento." (TJMS. Revisão Criminal 2005.017954-4. Rel. Des. Carlos Stephanini. Seção Criminal. j. 20/03/2006. DJ 31/03/2006)

Vê-se, portanto, que o reexame probatório é perfeitamente compatível com a Revisão Criminal, mormente quando se trata da hipótese prevista no art. 621, do CPP.

Desta forma, somente com o conhecimento da ação é que será possível analisar se a condenação contraria (ou não) a evidência dos autos.

Os revisionandos foram condenados pela conduta assim descrita na denúncia:

Consta da denúncia que, no dia 08 de abril de 2011, por volta das 13h, na Rua Sete de Setembro nº 451, Centro, no município de Tremembé, Plínio Augusto Nogarotto possuía artefatos explosivos, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo apurado, policiais civis da DIG de Taubaté diligenciaram no endereço referido em virtude de uma denúncia anônima de que o apelado possuía um grande depósito de artefatos explosivos de pólvora, em seu estabelecimento comercial, denominado Papelaria do Nono. Nos fundos do comércio, foram

Acesso ao Sumário

apreendidos 9.070 artefatos de pólvora, entre foguetes, bombas, fogos e estalos de marcas variadas.

A materialidade ficou evidenciada nos autos através laudo de fls.46/119.

O requerente pleiteia a revisão da sentença proferida nos Autos do Processo nº1279/2011, a fim de obter a absolvição, alegando que a decisão contrariou a evidências dos autos.

Interrogado em Juízo, o peticionário confessou os fatos. Disse que vendia os fogos de artifício apreendidos em seu estabelecimento comercial, alegando desconhecimento da necessidade de autorização para tanto, em razão da pouca quantidade de material comercializado (fls. 209).

Os policiais civis Flávio da Cruz e Rogério de Souza relataram que receberam denúncia anônima dando conta do comércio irregular de produtos à base de pólvora no estabelecimento comercial de propriedade do réu. Lograram encontrar algumas amostras dos produtos expostas à venda na loja, sendo que o estoque de fogos, bombinhas e outros artefatos foi localizado em um depósito nos fundos da papelaria. Tudo foi apreendido e encaminhado à perícia (fls. 202/205).

As testemunhas de defesa confirmaram que o réu comercializava fogos de artifício em sua loja, há, pelo menos, oito anos (fls. 206/207).

A presente revisão criminal é procedente.

O tipo penal em análise contém a seguinte redação:

"Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, conforme de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

(...) III - possuir, detiver, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; (...)".

De fato, o mencionado dispositivo legal incrimina a conduta de possuir, deter, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Trata-se de norma penal em branco, cujo complemento deve vir definido em outra lei ou regulamento, pois o dispositivo não define o que vem a ser artefato explosivo e/ou incendiário.

Nas lições de Luiz Flávio Gomes: *"A definição de artefato explosivo não é dada pela lei ou pelo regulamento, o que gera um certo grau de insegurança jurídica, já que demandará interpretação integrada do sistema jurídico nacional*

Acesso ao Sumário

e estrangeiro, além de utilização de conhecimentos científicos especiais. O conceito de artefato explosivo ou incendiário está ligado ao poder de deflagração que determinadas substâncias possuem, podendo causar explosões ou fogo. A própria Convenção Interamericana contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, Munições, Explosivos e Outros Materiais Correlatos, buscando um conceito sobre os explosivos, define "explosivos" como "toda substância ou artigo produzido, fabricado ou utilizado para produzir uma explosão, detonação, propulsão ou efeito pirotécnico, excetuando-se: substâncias ou artigos mencionados no anexo desta Convenção" (*in* Lei de Armas de Fogo - Ed. Revista dos Tribunais, 1ª edição, 2ª tiragem, p. 75).

Portanto, cabe ao operador do Direito estabelecer o conceito do objeto material do crime em questão, mais especificamente, o "artefato explosivo", e, posteriormente, verificar se o que foi apreendido se amolda à definição chegada.

Tem-se que o Decreto nº 3.665/2000, faz certa distinção entre explosivo e fogos de artifício:

"LI - explosivo: tipo de matéria que, quando iniciada, sofre decomposição muito rápida em produtos mais estáveis, com grande liberação de calor e desenvolvimento súbito de pressão;

LII - fogos de artifício: designação comum de peças pirotécnicas preparadas para transmitir a inflamação a fim de produzir luz, ruído, incêndios ou explosões, e normalmente empregada em festividades;"

Ainda, o referido diploma legal, ao regulamentar a classificação e a venda de fogos de artifício e artifícios pirotécnicos, prevê a utilização de pólvora (tipo de material combustível) como elemento integrante destes produtos, vedando a utilização de" altos explosivos "em suas composições (art. 112, § 1º). E os §§ 2º, 3º e 4º do art. 112 do Decreto, evidenciam que estes artefatos podem ser vendidos livremente aos maiores de 18 anos, sendo que apenas a queima de algumas espécies (fogos das classes C e D) depende de licença de autoridade competente.

Por sua vez, o Decreto nº 3.229/99, que promulgou a Convenção Interamericana contra a Fabricação e o Tráfico ilícitos de Armas de Fogo, Munições, Explosivos e outros Materiais Correlatos, define que os materiais destinados à produção de fogos de artifício não são de uso proibido ou restrito:" *O Termo explosivos não inclui: (...) fogos de artifício adequados para uso por parte do público e projetados principalmente para produzir efeitos visíveis ou audíveis por meio de combustão, que contenham compostos pirotécnicos e que não projetem nem dispersem fragmentos perigoso como metal, vidro ou plástico quebradiço* ".

In casu, embora no item da resposta aos quesitos o perito afirma que "fogos de artifício, do ponto de vista físico-químico, constituem um tipo particular de

Acesso ao Sumário

artefato explosivo, pois contém pólvora, no entanto, o laudo pericial é claro ao especificar que o material analisado tratar-se de "vários tipos de fogos de artifício, também denominados de artefatos pirotécnicos".

Não é crível que o legislador tenha pretendido incriminar a conduta de possuir, sem autorização legal, "rojões", "bombinhas", "foguetes", e outros tipos de fogos e artefatos pirotécnicos, cujo uso é bastante comum em nosso país, mormente nas festas populares - como, por exemplo, as realizadas no mês de junho, as chamadas "Festas Juninas" -, comemoração de Natal e réveillon, festividades e comemorações de natureza esportiva, religiosa, política, etc., equiparando tal conduta à posse ilegal de artefato explosivo e/ou incendiário.

Ademais, importante destacar que o Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados, o R/105, que foi aprovado pelo Decreto nº 3.665/2000, busca diferenciar os fogos de artifício dos explosivos. Em seu artigo 3º, inciso LI, o Decreto dispõe que explosivo é um *"tipo de matéria que, quando iniciada, sofre decomposição muito rápida em produtos mais estáveis, com grande liberação de calor e desenvolvimento súbito de pressão". Quantos aos fogos de artifício, o mesmo artigo, agora no inciso LII, dispõe que são "designação comum de peças pirotécnicas preparadas para transmitir a inflamação a fim de produzir luz, ruído, incêndios ou explosões, e normalmente empregada em festividades".*

Sendo assim, forçoso reconhecer, para fins penais, fogos de artifício/artefatos pirotécnicos, como se fossem artefatos explosivos. Portanto, estado a conduta do peticionário, não revestida pela necessária tipicidade penal, deve este ser absolvição.

3 - Ante o exposto, conhece-se e defere-se a presente Revisão Criminal, para absolver Plinio Augusto Nogarotto, do delito previsto no artigo 16, inciso III, da Lei nº 10.826/2003, com fundamento no artigo 386, inciso III, c.c. o artigo 626, ambos Código de Processo Penal.

Acesso ao Sumário

Termos Circunstanciados

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Termo Circunstanciado nº 0023236-54.2018.8.26.0000, da Comarca de São Sebastião da Grama, em que, são averiguados RICARDO RIBEIRO FLORIDO (PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO DA GRAMA) e OTAVIO HENRIQUE

DA SILVA MELCHIORI.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Determinaram o arquivamento dos presentes autos, quanto à pessoa do Prefeito Ricardo Ribeiro Florido, observadas as ressalvas do artigo 18, do Código de Processo Penal. Determinaram a remessa do feito ao Juizado Especial Criminal da Comarca de São Sebastião da Grama, para prosseguimento da persecução penal com relação a Otávio Henrique da Silva Melchiori e João Batista de Andrade. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.978)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente), GRASSI NETO, ALCIDES MALOSSI JUNIOR e ROBERTO PORTO.

São Paulo, 29 de novembro de 2018.

MARCO ANTÔNIO COGAN, Relator

Ementa: PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO CRIMINAL – COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO TJSP – EVENTUAL CRIME SOB JUDICE DE FORO PRIVILEGIADO.

CASO EM QUE NÃO EXISTEM ELEMENTOS DE CONVICÇÃO A DAR AMPARO AO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO COM RELAÇÃO AO ALCAIDE – PROPOSTA DE ARQUIVAMENTO PELA PGJ ACOLHIDA.

Procedimento arquivado, com a ressalva do art. 18, do CPP, com determinação.

VOTO

1 – Trata-se de procedimento investigatório instaurado para apuração de eventual prática de crime previsto no artigo 48, da Lei nº. 9.605/98, em área de preservação permanente no entorno do rio Fartura, consistente em supressão de vegetação para realização de um encontro de "jipeiros", de responsabilidade, em tese, do Prefeito Municipal da cidade de São Sebastião da Grama, **Ricardo Ribeiro Florido.**

A douta Procuradoria de Justiça, em r. parecer subscrito pelo Procurador de Justiça Coordenador, doutor João Antonio Bastos Garreta Prats, e pelo doutor Promotor de Justiça Assessor, doutor Cleber Takashi Murakawa, manifestou-se no sentido de ser arquivado o presente procedimento quanto ao averiguado Ricardo Ribeiro Florido, isso porque as informações colhidas não produzem

Acesso ao Sumário

indícios suficiente de sua participação nos atos de violação ambiental (fls. 117/121).

Este, em síntese, é o relatório.

2 – De rigor o acatamento integral da proposta apresentada pela douta Procuradoria de Justiça.

Não formada a convicção do *dominus litis*, inviável a *persecutio criminis in judicio.*

E tal se dá porque, como bem referido no r. parecer, o contexto retratado nos autos não enseja, por agora, o prosseguimento do procedimento com relação ao averiguado, vez que "o servidor Luiz Paulo Cerri Junqueira (fl. 53) esclareceu que o vice-prefeito JOÃO BATISTA DE ANDRADE foi o responsável pela cessão das máquinas e equipamentos do Município para as atividades relacionadas ao evento de encontro de Jipeiros, não mencionando nenhuma determinação do atual alcaide" (fl. 119), informação essa corroborada por Manoel José de Andrade (fl. 68).

E o averiguado, a fl. 109, confirmou o apoio da Prefeitura ao mencionado evento, tradicional na cidade, e disse, todavia, que não tinha conhecimento de que o local se tratava de área de preservação permanente.

Diante desse cenário, o arquivamento, com relação ao alcaide, é medida de rigor.

Isto posto, determina-se o arquivamento dos presentes autos, quanto à pessoa do Prefeito **Ricardo Ribeiro Florido**, observadas as ressalvas do artigo 18, do Código de Processo Penal, **remetendo-se o feito ao Juizado Especial Criminal da Comarca de São Sebastião da Grama, para prosseguimento da persecução penal com relação a Otávio Henrique da Silva Melchiori e João Batista de Andrade.**

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2177213-32.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE JARDINÓPOLIS, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE JARDINÓPOLIS.

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 39.273)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), 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, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA e EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 7 de novembro de 2018.

MÁRCIO BARTOLI, Relator

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Emenda à Lei Orgânica Municipal de Jardinópolis que vedou a concessão ou permissão dos serviços de saneamento básico de água e esgoto pelo Poder Executivo.

Configurado vício formal de constitucionalidade atinente à iniciativa do processo legislativo. Regime de concessão ou permissão de serviço público. Matéria de lei ordinária. Violação ao artigo 47, XVIII, da Constituição Estadual, que prevê ser de competência privativa do Chefe do Poder Executivo "enviar à Assembléia Legislativa projeto de lei sobre o regime de concessão ou permissão de serviços públicos". Regra aplicável aos Municípios em razão do princípio

Acesso ao Sumário

da simetria. Precedentes do Órgão Especial.
Pedido julgado procedente.

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito do Município de Jardinópolis, impugnando a parte final do § 5º do artigo 123 da Lei Orgânica daquele Município, acrescentado pela Emenda nº 23, de 02 de outubro de 2001, que adicionou à referida norma o dispositivo questionado, que vedou a concessão ou permissão dos serviços de saneamento básico de água e esgoto pelo Poder Executivo. Aduz-se violação à regra constitucional que reserva ao Poder Executivo a iniciativa legislativa para dispor sobre a organização, a administração e o regime de concessão ou permissão dos serviços públicos. Assevera-se, assim, a infringência aos artigos 5º, 24, parágrafo 2º, item 2 e 47, incisos II e XVIII, da Constituição Estadual (fls. 01/13). Documentos foram anexados às fls. 14/125.

A liminar pleiteada foi indeferida às fls. 127/128.

O Procurador Geral do Estado afirmou desinteresse na defesa do ato atacado, por se tratar de assunto exclusivamente local (fls. 137/138).

O Presidente da Câmara Municipal de Jardinópolis prestou informações às fls. 140/152, acompanhadas de documentos às fls. 153/295.

Manifestou-se a Procuradoria-Geral de Justiça pela procedência do pedido (cf. fls. 298/302).

2. A norma impugnada tem a seguinte redação (cf. fls. 78):

"Artigo 1º – Acrescenta-se o parágrafo quinto ao artigo 123 da Constituição Municipal de Jardinópolis, promulgada em 05 de abril de 1990, com a presente redação:

'§ 5º – Os serviços locais de abastecimento de água e tratamento de esgoto sanitário são de competência do Município, podendo ser prestados por órgão da administração indireta Municipal, Estadual ou Federal criados e mantidos para esse fim, sendo defesa sua concessão, permissão ou qualquer outra forma de transferência do controle para a iniciativa privada'.

Artigo 2º – Esta Emenda Constitucional entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário."

3. **É caso de procedência do pedido**. É importante destacar que, embora a autonomia municipal esteja constitucionalmente assegurada, as Constituições da República e do Estado de São Paulo[1] estabelecem que a capacidade de

Acesso ao Sumário

1 Constituição Federal, *"Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, **atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado** e os seguintes preceitos: (...)"* (grifado).
Constituição do Estado de São Paulo, *"Artigo 144 – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por lei orgânica, **atendidos os princípios estabelecidos na***

auto-organização dessa entidade federativa deve observar os ditames da Lei Fundamental do país e da Constituição Estadual.

Sendo assim, qualquer lei ou ato normativo editado no âmbito municipal está sujeito a controle de constitucionalidade perante a Constituição Estadual, exame esse exercido pelo Tribunal de Justiça, em consonância com o artigo 125, § 2º, da Constituição Federal, e artigo 90, *caput*, da Constituição do Estado de São Paulo.

Entre as regras a serem rigorosamente obedecidas na formação de uma lei, encontra-se a da **competência privativa do Chefe do Poder Executivo para a deflagração do processo legiferante sobre determinadas matérias** estabelecidas pela Constituição Paulista, nos **artigos 24, § 2º, e 47, XVIII**[2].

Diz o mencionado artigo 24, § 2º: *"Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre: 1 – criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração; 2 – criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 47, XIX; 3 – organização da Procuradoria Geral do Estado e da Defensoria Pública do Estado, observadas as normas gerais da União; 4 – servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; 5 – militares, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para inatividade, bem como fixação ou alteração do efetivo da Polícia Militar; 6 – criação, alteração ou supressão de cartórios notariais e de registros públicos."*

Já o inciso XVIII do artigo 47 preceitua: *"**Compete privativamente ao Governador**, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:* (...) *"enviar à Assembleia Legislativa **projeto de lei sobre o regime de concessão ou permissão de serviços públicos**"*.

Como se sabe, as regras concernentes à reserva de iniciativa legislativa de determinadas matérias a este ou àquele agente político são de obrigatória observância pelos municípios, em razão do **princípio da simetria** na organização dos entes federativos e do disposto no artigo 144 da Constituição do Estado.

A respeito das formalidades procedimentais do processo legislativo, leciona **Luiz Guilherme Marinoni**[3]: *"a produção da lei exige a observância de pressupostos e requisitos procedimentais, cuja observância é imprescindível para a lei ser constitucional. A Constituição regula o modo como a lei e*

Constituição Federal e nesta Constituição" (grifado).

2 Quanto ao artigo 61, § 1º, *b*, da Constituição Federal, citado na inicial, vale observar que a regra se aplica somente aos **Territórios Federais**, conforme expressamente previsto no texto constitucional e entendimento do Supremo Tribunal Federal (ADI 2.447, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 4-3-2009, P, DJE de 4-12-2009; ADI 2.464, rel. min. Ellen Gracie, j. 11-4-2007, P, DJ de 25-5-2007; RE 601.348 ED, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 22-11-2011, 2ª T, DJE de 7-12-2011).

3 Curso de Direito Constitucional, 2ª edição, 2013, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 860/861.

Acesso ao Sumário

outros atos normativos primários – previstos no art. 59 – devem ser criados, estabelecendo quem tem competência para produzi-los e os requisitos procedimentais que devem ser observados para sua produção. Faltas quanto à competência ou quanto ao cumprimento das formalidades procedimentais viciam o processo de formação da lei, tornando-a formalmente inconstitucional. A inconstitucionalidade formal deriva de defeito na formação do ato normativo, o qual pode estar na violação de regra de competência ou na desconsideração de requisito procedimental. O procedimento para a produção de lei ordinária e de lei complementar compreende iniciativa, deliberação, votação, sanção ou veto, promulgação e publicação. (...) De outra parte, a Constituição também confere iniciativa privativa, em relação a certos temas, a determinados órgãos públicos. Isso quer dizer que, no que toca a certo tema, a iniciativa de apresentação de projeto de lei, ou seja, a incoação do processo de produção da lei, pode ser privativa de determinado órgão ou agente público."

4. No caso dos autos, a Emenda nº 23, de 02 de outubro de 2001, do Município de Jardinópolis, vedou a possibilidade de concessão ou permissão dos serviços de saneamento básico de água e esgoto pelo Poder Executivo, tema que não se insere dentre aqueles reservados à Lei Orgânica Municipal, tendo a lei cuidado, portanto, de **matéria a ser versada exclusivamente em lei de iniciativa do Prefeito Municipal, de acordo com o inciso XVIII do artigo 47 da Constituição Estadual.**

5. Essa leitura da lei questionada tem apoio em precedentes deste Órgão Especial: *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Preliminar de irregularidade de representação – Legitimidade ativa e capacidade postulatória que pertencem ao Prefeito do Município (art. 90, II, da Constituição Estadual) – Posterior regularização, por determinação do relator, subscrevendo o Prefeito Municipal a petição inicial, com juntada de instrumento de procuração contendo poderes especiais para promover a ação – Irrelevância, assim, de o advogado estar impedido de exercer a advocacia por ser Vereador na Cidade de Limeira – Substabelecimento ulterior do mandato, sem reserva de poderes, o que implica ratificação dos atos praticados pelo substabelecente – Preliminar rejeitada. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE –* ***Emenda nº 09, de 14 de novembro de 2001, que acrescentou o parágrafo único ao artigo 103 da Lei Orgânica do Município de Iracemápolis – Norma dispondo que 'os serviços locais de abastecimento de água e tratamento de esgoto sanitário são de competência do Município, podendo ser prestados por órgãos da administração direta ou indireta do Município, sendo defesa a sua concessão, permissão ou qualquer forma de transferência de controle para a iniciativa privada'*** *– Emenda que extrapola as atribuições do Poder Legislativo, invadindo o campo da iniciativa constitucionalmente reservada ao Chefe do Poder Executivo Lei Orgânica que se insere no campo do processo legislativo excepcional destinado*

Acesso ao Sumário

à organização do Município (elevada a categoria constitucional), descabendo sua alteração para tratar de matéria que deve ser objeto de ato do Poder Executivo ou de lei ordinária, de competência exclusiva do Poder Executivo – Dispositivo impugnado que viola, portanto, o princípio da separação de poderes e da reserva de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo (arts. 5º, §§ 1º e 2º, 47, II, XIV e XVIII, e 144 da Constituição Estadual) – Precedentes do Órgão Especial – Inconstitucionalidade reconhecida. Preliminar rejeitada e ação julgada procedente."[4]

Ainda: *"Ação direta de inconstitucionalidade.* ***Inciso VI do artigo 6º da Lei Orgânica do Município de Casa Branca. Disposição sobre ser da competência da Câmara Municipal autorizar a concessão e permissão de serviços públicos. Vício de iniciativa. Inconstitucionalidade, por ocorrer invasão da esfera de competência exclusiva do Poder Executivo. Descabimento. Desrespeito aos artigos 5º, caput, 47, incisos XIV e XVIII e 144 da Constituição do Estado.*** *Ação procedente."*[5]

6. Ante o exposto, julga-se procedente o pedido para declarar inconstitucional a expressão *"sendo defesa sua concessão, permissão ou qualquer outra forma de transferência do controle para a iniciativa privada"*, constante do parágrafo 5º, do artigo 123 da Lei Orgânica Municipal, acrescentado pela Emenda nº 23, de 02 de outubro de 2001, por ofensa à regra de iniciativa legislativa prevista no artigo 47, inciso XVIII da Constituição do Estado de São Paulo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2051934-36.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO MUNICIPAL DE BILAC, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE BILAC.

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.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA

Acesso ao Sumário

4 TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2083941-81.2018.8.26.0000; Relator: João Carlos Saletti; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 10/10/2018; Data de Registro: 11/10/2018.

5 TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2145231-34.2017.8.26.0000; Relator: Borelli Thomaz; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 31/01/2018; Data de Registro: 02/02/2018.

CALÇAS (Presidente), DAMIÃO COGAN, ADEMIR BENEDITO, SILVEIRA PAULILO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS e ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 14 de novembro de 2018.

CRISTINA ZUCCHI, Relatora

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. § 3º, do art. 121, da Lei Orgânica Municipal (com redação dada pela Emenda à Lei Orgânica nº 01/2012). Legislação de iniciativa parlamentar, que institui gratificação por tempo de serviço, denominada sexta parte aos empregados públicos municipais, abrangendo matérias de iniciativa privativa do Chefe do Executivo, nos termos da Constituição do Estado de São Paulo (artigos 5º e 24, § 2º, I e 4 e 144). Aplicação, ao caso, da repercussão geral nº 223 do STF. Ofensa ao princípio da Separação dos Poderes e da harmonia do sistema federativo nacional.

Ação direta julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade da norma.

VOTO

O Prefeito Municipal de Bilac ajuizou a presente ação direta de inconstitucionalidade, com pedido liminar, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do art. 121, § 3º, da Lei Orgânica daquele Município do ano de 2000, com redação dada pela Emenda à Lei Orgânica nº 01/2012 (fls. 46/47).

Sustenta o requerente, em síntese, que a norma em questão padece de vício de iniciativa. Esclarece que o dispositivo normativo altera o regime e os vencimentos de empregados e servidores, matéria que só poderia ser tratada por iniciativa do Chefe do Executivo. Acrescenta que a referida situação acarreta inegável violação à Separação dos Poderes por se imiscuir na direção superior da administração municipal, nos termos dos arts. 5º, 24, § 2º, "I", e 47, incs. II, XI, XII e XIV, todos da Constituição Estadual. Acrescenta que não foi prevista a indicação da fonte de custeio da nova despesa criada, o que contraria as regras

Acesso ao Sumário

dos arts. 24, § 5º, "I" e 25, ambos também da Constituição Estadual. Pede, por isso, a declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada, bem assim a liminar para suspensão da sua eficácia, ante a presença do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

A liminar requerida restou indeferida às fls. 114/117 pelo ilustre relator sorteado, desembargador João Negrini Filho, nos seguintes termos: *"Ausentes os pressupostos legais, indefiro a liminar requerida. Isso porque a alteração na Lei Orgânica foi realizada em 2012, sem notícia nos autos de que o Poder Executivo, neste interregno, tenha enfrentado qualquer situação efetivamente provocadora de dano irreparável ou de difícil reparação. Note-se, outrossim, que a antiga redação do art. 121, § 3º, inc. I, da Lei Orgânica de Bilac já previa o pagamento de adicional por tempo de serviço a cada quinquênio e de sexta-parte a cada vinte anos de efetivo exercício aos servidores efetivos da administração direta, autárquica e fundacional, não havendo qualquer indício de criação repentina de despesa ou de ausência de previsão de custeio – aliás, tudo leva a crer que nenhuma inovação ocorreu no que tange aos benefícios ora impugnados pelo autor. (...) Sem prejuízo, anoto que a exclusão da limitação dos adicionais ao subsídio mensal dos Ministros do STF se deveu, segundo a exposição de motivos de fl. 109, à determinação contida no art. 37, inc. XI, da CF, no sentido de que o teto dos vencimentos dos servidores municipais é a remuneração do Prefeito. E, de fato, a Carta Magna já previa subteto específico para essa situação antes da alteração na Lei Orgânica de Bilac, não havendo falar, a princípio, em 'aumento de despesa'. Em resumo, nada obsta que se aguarde o julgamento de mérito do presente feito para que a parte interessada obtenha os efeitos concretos desejados, se o caso".*

Requisitadas informações à Câmara Municipal de Bilac, estas foram prestadas às fls. 119/123.

Citado o Sr. Procurador-Geral do Estado, declinou do interesse na defesa do ato normativo impugnado (fls. 198/199).

O i. Subprocurador-Geral de Justiça manifestou-se às fls. 202/207, pela procedência da ação. Constou da emenda do parecer:

> "CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 3º, DO ARTIGO 121, DA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL. ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO E SEXTA PARTE A SERVIDORES PÚBLICOS. VÍCIO DE INICIATIVA. REPERCUSSÃO GERAL N. 223 DO STF. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. A instituição, alteração, extensão ou extinção de vantagem pecuniária devida aos servidores públicos é matéria inserida na reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo (art. 24, § 2º, 1 e 4, CE). 2. Matéria objeto da Repercussão Geral sob o tema n. 223 do STF. 3. Procedência da ação".

É o relatório.

O presente incidente tem como intenção discutir a constitucionalidade

do art. 121, § 3º, da Lei Orgânica Município de Bilac, o qual tem a seguinte redação:

> "Art. 121 – A remuneração dos servidores públicos somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada a revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices, observados ainda os seguintes preceitos:
>
> (...)
>
> § 3º – Fica assegurado ainda aos servidores públicos municipais estáveis da Administração direta, autárquica e fundacional, o direito ao percebimento do adicional por tempo de serviço, concedido no mínimo, por quinquênio, e vedada a sua limitação, bem como a sexta-parte dos vencimentos integrais, concedida aos 20 (vinte) anos de efetivo exercício, que se incorporarão aos vencimentos para todos os efeitos." (§ 3º com redação dada pela Emenda à Lei Orgânica nº 01/2012)

A procedência da ação é de rigor.

O princípio da Separação de Poderes está consagrado na Carta Estadual de São Paulo no art. 5º, em ressonância ao art. 2º da Constituição Federal que, conjugado com o disposto no art. 60, § 4º desta, nos mostram que o legislador constituinte, ao adotar os Poderes independentes e harmônicos da República, cada qual com sua função soberana, buscou a finalidade maior de alcançar a segurança para o cidadão, evitando o arbítrio. Preservando o princípio da Separação dos Poderes, o constituinte pretendeu manter o equilíbrio entre os detentores das funções estatais. Portanto, entre os Poderes Legislativo e Executivo municipais, cuja harmonia está estruturada neste sistema de pesos e contrapesos (*checks and balances*) devem ser atendidos o respeito e observância recíprocos.

Dentro dessa reciprocidade de controle e de atuação, a Constituição do Estado de São Paulo também estabelece a competência legislativa exclusiva do Chefe do Executivo no art. 24, § 2º[1], a competência para o exercício do Poder Executivo no art. 37[2], e a competência privativa do Chefe do Executivo no art. 47, em especial, para a hipótese dos autos, nos incisos IV e XI[3], tudo o

Acesso ao Sumário

1 **Constituição do Estado de São Paulo: art. 24:** A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral da Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.
§ 1º – *omissis*;
§ 2º: Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre:
1 – *omissis*;
2 – criação e extinção de Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 47, XIX (NR);
Redação dada pela Emenda Constitucional Estadual nº 21, de 14/01/2006.

2 **Constituição do Estado de São Paulo: art. 37:** O Poder Executivo é exercido pelo Governador do Estado, eleito para um único período subseqüente, na forma estabelecida na Constituição Federal (NR).
Redação dada pela Emenda Constitucional Estadual nº 21, de 14/02/2006.

3 **Constituição do Estado de São Paulo:** art. 47: Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:

que resta aplicável aos Municípios por força dos arts. 144[4] e 297[5] da referida Constituição Estadual Paulista.

Muito embora primordialmente ao Executivo caiba a função de administrar e ao Legislativo a de legislar, decorre da sistemática da própria Separação de Poderes a necessidade de se atribuir ao Executivo a iniciativa legislativa, em razão de determinadas matérias. E é exatamente em função de se estabelecer o equilíbrio de forças na formulação das opções políticas do Estado que a atribuição excepcional da iniciativa legislativa não sobrepõe, em importância, nenhum Poder ao outro, apenas os justapõe e intercala, pela necessidade que a matéria requer, mantendo a proporcionalidade entre eles. Em razão de sua excepcionalidade, as hipóteses de iniciativa legislativa privativa do Executivo hão de ser restritivamente interpretadas.

No caso vertente, o § 3º do art. 121 da Lei Orgânica Municipal, de iniciativa parlamentar, ao dispor sobre o direito ao percebimento do adicional por tempo de serviço, envolve questão afeta a servidores públicos, matéria de iniciativa privativa do Chefe do Executivo, com o que restaram violados a harmonia e o sistema estruturado no princípio da Separação dos Poderes naquele Município.

À Câmara compete estabelecer normas de administração, *de caráter regulatório, genérico e abstrato*[6], sem executar o que tenha sido reservado exclusiva ou privativamente ao Executivo, ou ainda sem disciplinar a atividade do Executivo.

A norma em exame, constante da Lei Orgânica Municipal, tanto na sua atual redação (alteração dada pela Emenda 01/2012), quanto na redação original[7], malfere a disciplina constitucional porquanto foi de iniciativa parlamentar numa hipótese de competência exclusiva do Chefe do Executivo Municipal, nos termos dos arts. 24, § 2º, itens 1 e 4 da Constituição Estadual aplicáveis aos Municípios por força do art. 144 da referida carta.

.....

IV – vetar projetos de lei, total ou parcialmente;

XI – iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;

4 **Constituição do Estado de São Paulo: art. 144:** Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira, se auto-organizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.

5 **Constituição do Estado de São Paulo, art. 297:** São também aplicáveis no Estado, no que couber, os artigos das Emendas à Constituição Federal que não integram o corpo do texto constitucional, bem como as alterações efetuadas no texto da Constituição Federal que causem implicações no âmbito estadual, ainda que não contempladas expressamente pela Constituição do Estado.

Redação dada pela Emenda Constitucional Estadual nº 21, de 14/02/2006.

6 Meirelles, Hely Lopes, Direito Municipal Brasileiro. Ed RT, pg.. 444.

7 "Art. 121 (...)

§ 3º – Ficam assegurados ainda aos servidores públicos municipais estáveis da Administração direta, autárquica e fundacional, os seguintes direitos: I – Percebimento de adicional por tempo de serviço, concedido no mínimo por qüinqüênio, bem como 1/6 (sexta parte) da remuneração integral concedida aos 20 (vinte) anos de exercício efetivo, que se incorporarão aos vencimentos para todos os efeitos, desde que não ultrapasse o limite do subsídio mensal dos Ministros do STF, de que trata o § 2º, caso em que a remuneração que exceder esse limite será imediatamente reduzida."

A jurisprudência deste Egrégio Tribunal tem decidido pela inconstitucionalidade de dispositivos legais como os da espécie dos autos:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ARTIGO 93 DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE SANTA ISABEL, DE 06 DE DEZEMBRO DE 1990 – MATÉRIA INSERIDA EM LEI ORGÂNICA, DE INICIATIVA LEGISLATIVA, QUE VERSA SOBRE REGIME JURÍDICO DE SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS – AFRONTA AOS ARTIGOS 24, § 2º, ITEM 4, E 144, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO – QUESTÃO SEDIMENTADA NO ÂMBITO DO C. STF ATRAVÉS DO 'TEMA 917' (ARE 878.911/RJ) – INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA, OBSERVADA A IRREPETIBILIDADE DAS VERBAS DE CARÁTER ALIMENTAR – PRETENSÃO PROCEDENTE[8]"

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – § 6º DO ARTIGO 91 DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE TAUBATÉ, ACRESCIDO PELA EMENDA Nº 62, DE 13 DE NOVEMBRO DE 2014 – INICIATIVA ORIUNDA DO PODER LEGISLATIVO LOCAL – INVIABILIDADE – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL CARACTERIZADA – ATO NORMATIVO QUE DISCIPLINA MATÉRIA RELACIONADA A REGIME JURÍDICO DE SERVIDORES PÚBLICOS, CUJA INICIATIVA CABE EXCLUSIVAMENTE AO CHEFE DO EXECUTIVO – VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – OFENSA AOS ARTIGOS 5º, 24, § 2º, ITEM 4, E 144, DA CONSTITUIÇÃO BANDEIRANTE – PRECEDENTES – PRETENSÃO PROCEDENTE"[9].

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 5.759, de 28 de abril de 2015, do município de Sumaré, que aumenta o período de tempo de afastamento sem remuneração dos servidores municipais de Sumaré, ampliando, ainda, o número de prorrogações do referido afastamento. VÍCIO DE INICIATIVA E OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. Reconhecimento. Lei impugnada, de iniciativa parlamentar que, ao dispor sobre regime jurídico de servidores públicos, avançou sobre área de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo, violando as disposições dos artigos 5º e 24, § 2º, n. 04, da Constituição Paulista. Ação julgada procedente[10].

> DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Art. 97 da Lei Orgânica do Município de Guarulhos, que institui quinquênios e sexta-parte em favor dos funcionários públicos. Vício formal de inconstitucionalidade, por desvio de poder legislativo, pois se trata de matéria de competência privativa do Poder Executivo. Violação frontal ao texto constitucional que consagra a separação dos poderes estatais. Criação de atribuições aos órgãos da Administração e de despesas sem dotação orçamentária. Ofensa aos artigos 37, X e 169, § 1º, I, e II da CF/88 além dos artigos 5º, § 2º, 24, § 2º, item 1, 25 e 144, todos da Constituição Bandeirante.

Acesso ao Sumário

8 ADIN nº2098597-43.2018.8.26.0000, Rel. Francisco Casconi, j. 05.09.2018.
9 ADIN Nº 2191323-70.2017.8.26.0000, Rel. Francisco Casconi, j. 07.03.2018
10 ADIN 2095276-34.2017.8.26.0000, Rel. Ferreira Rodrigues, j. 25.10.2017

Inconstitucionalidade configurada – ação procedente[11].

Assim, inegável tratar-se de norma que interfere na atuação do Executivo Municipal, com invasão da esfera da iniciativa reservada ao Prefeito do Município de Bilac.

Ademais, como bem anotado pelo d. Subprocurador-Geral de Justiça, a questão está pacificada, conforme se observa no Tema de Repercussão Geral n. 223: *"É inconstitucional, por afrontar a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, a normatização de direitos dos servidores públicos em lei orgânica do Município."*.

O mesmo se verifica no Tema de Repercussão Geral n. 917, em que o Plenário do Supremo Tribunal Federal sedimentou entendimento de que há vício de iniciativa de Lei, em decorrência de interferência entre Poderes, na hipótese de propositura por parlamentar local, quando tratar (i) da estrutura ou atribuição de órgãos do Executivo, ou ainda, (ii) **dispuser sobre o regime jurídico dos servidores públicos**[12]. (n/ grifo).

Acrescente-se ainda que não deve subsistir a alegação da Câmara Municipal de Bilac, no sentido de que não há inconstitucionalidade formal da Lei Orgânica do Município que, repetindo "ipsis literis" o que dispõe a Constituição Estadual, concede aos funcionários públicos municipais vantagens remuneratórias.

Isto porque, conforme expõe o Exmo. Min. Marco Aurélio, relator do Recurso Extraordinário nº 590.829/MG, paradigma do Tema de Repercussão Geral nº 223 acima mencionado:

> "É pacífico que a iniciativa de lei objetivando a outorga de direitos a servidores cabe ao Executivo. Indago: em face dessa premissa, mostra-se possível chegar-se à previsão de direitos via norma constante, quer na Constituição do Estado, quer na Lei Orgânica do Município? A resposta é negativa. Versar direitos dos servidores tanto na Carta local quanto na Lei Orgânica do Município acaba por mitigar o princípio revelador da iniciativa do Poder Executivo. (...) Inegavelmente, o tratamento da matéria deve decorrer de iniciativa do Executivo. Concluir que a disciplina pode constar da Lei Orgânica do Município implica, de um lado, verdadeira usurpação de atribuição do Chefe do Poder Executivo e, de outro, o engessamento do tema no que, conforme disposto no artigo 29 da Constituição Federal,

11 ADIN 2083718-70.2014.8.26.0000, Rel. Péricles Piza; j. 28/01/2015

12 "Recurso extraordinário com agravo. Repercussão geral. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade estadual. Lei 5.616/2013, do Município do Rio de Janeiro. Instalação de câmeras de monitoramento em escolas e cercanias. 3. Inconstitucionalidade formal. Vício de iniciativa. Competência privativa do Poder Executivo municipal. Não ocorrência. Não usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos. 4. Repercussão geral reconhecida com reafirmação da jurisprudência desta Corte. 5. Recurso extraordinário provido." (STF. Tribunal Pleno. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 878.911/RJ, rel. Min. GILMAR MENDES, j. em 29 de setembro de 2016).

Acesso ao Sumário

a Lei Orgânica do Município há de ser aprovada, por dois terços dos membros da Câmara Municipal, mediante votação, em dois turnos, com interstício mínimo de dez dias. Nem se diga que, no caso, a circunstância de a Lei Orgânica do Município haver sido promulgada em 1990, após a Carta de 1988, teria o condão de placitar a prática normativa. Vê-se a inviabilidade de o poder de elaboração da Lei Orgânica do Município que, no respectivo âmbito, surge como diploma maior servir de base à inobservância do preceito constitucional relativo à iniciativa do projeto de lei. Se assim não se entender, ter-se-á, na confecção da Lei Orgânica, verdadeira carta em branco, com possibilidade de adentrar-se qualquer tema, mesmo quando reservado à provocação do Executivo Municipal. O Tribunal de Justiça, ao prolatar o acórdão ora impugnado, acabou por adotar entendimento que conflita com o disposto no artigo 61, § 1º, inciso II, alíneas 'a' e 'c', da Constituição Federal. A controvérsia, cuja repercussão geral foi reconhecida no Recurso Extraordinário nº 598.259, tem sido assim decidida pelo Supremo."[13].

Destarte, por tudo quanto exposto, julgo procedente o pedido, entendendo ser inconstitucional, por vício formal, o § 3º, do art. 121, da Lei Orgânica do Município de Bilac, por se encontrar em flagrante desarmonia com os preceitos constitucionais estaduais (art. 24, § 2º, itens 1 e 4 da Constituição Estadual), de atendimento obrigatório pelos Municípios (art. 144 da Constituição Estatual), restando violada a supremacia constitucional cujo controle se impõe.

Anote-se que, por razões de segurança jurídica, não há que se cogitar da devolução das verbas já recebidas pelos servidores do Município de Bilac, eis que verbas de natureza alimentar são irrepetíveis quando recebidas de boa-fé.

Por fim, merece destaque a informação prestada pela Câmara Municipal de Bilac, no sentido de que a questão disciplinada pela norma ora analisada também consta da Lei nº 1.026/93 do Município de Bilac, ora em vigor (fls. 274/275), a qual regulamenta o Regime Jurídico Único (Estatutário) dos funcionários da Prefeitura, da Câmara Municipal, das Autarquias e das Fundações do Município de Bilac/SP[14] (fls. 319/320). Contudo, tal fato não impede o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma objurgada, por vício formal, como acima referido.

Pelo exposto, julgo procedente a ação, nos termos do acórdão.

Acesso ao Sumário

13 "STF. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário nº 590.829/MG, rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. em 05 de março de 2015."

14 Art. 145 da Lei 1.026/93: "O funcionário, após o período de 5 (cinco) anos contínuos de efetivo desempenho de suas atribuições no serviço público municipal, mesmo em outros municípios, perceberá adicional por tempo de serviço, calculado à razão de 5% (cinco por cento) sobre o seu vencimento, ao qual se incorporará para todos os efeitos, exceto para fim de concessão de qüinqüênios subsequentes"
Art. 146 da Lei 1.026/93: "Art. 146 – O funcionário que completar 20 (vinte) anos no serviço público neste Município, perceberá a sexta-parte do seu vencimento, o qual se incorpora automaticamente, para todos os efeitos.".

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2017768-75.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE TAUBATÉ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE TAUBATÉ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.761)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), CRISTINA ZUCCHI, DAMIÃO COGAN, ADEMIR BENEDITO, SILVEIRA PAULILO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI e GERALDO WOHLERS.

São Paulo, 14 de novembro de 2018.

ELCIO TRUJILLO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 5.072, de 11 de setembro de 2015, do Município de Taubaté – Instituição de obrigação em desfavor do Executivo, de promover o reúso de água oriunda das estações de tratamento de esgoto na lavagem de logradouros e irrigação de espaços públicos – Lei de iniciativa parlamentar – Separação de Poderes – Reserva da Administração – Pacto Federativo – Norma geral de proteção ao meio ambiente e controle de poluição – Ausência de interesse predominantemente local – PROCEDÊNCIA.

Lei de iniciativa parlamentar que impõe ao Poder Executivo a utilização de água de reúso proveniente das estações de tratamento de esgoto para a lavagem de ruas, praças, passeios públicos e outros logradouros, bem como para a irrigação de jardins, praças, campos esportivos e outros equipamentos públicos. 2. Viola a separação dos Poderes, na dimensão da

Acesso ao Sumário

reserva da Administração, a norma que estabelece a obrigação do Município de entabular acordo com órgão estadual para a obtenção de água proveniente das estações de tratamento de esgoto. 3. A disciplina legal da destinação dos efluentes sanitários após tratamento encontra-se na esfera de competência concorrente da União e dos Estados, inexistindo interesse predominantemente local que autorize o regramento pelo legislador municipal.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo **Prefeito do Município de Taubaté** em busca do reconhecimento da inconstitucionalidade da **Lei nº 5.072,** de **11 de setembro de 2015**, do Município de Taubaté, que *"dispõe sobre o reúso de água não potável no município de Taubaté"*, porque, segundo o autor, ofende o princípio da separação dos poderes no tocante a reserva da administração diante previsão do inciso XIX, do artigo 47, da Constituição do Estado. Sustenta, sob tal limite, que o legislador municipal deixou de observar essa limitação tendo, portanto, invadido esfera alheia, razão pela qual, requereu o processamento da ação para que, ao final, seja declarada a inconstitucionalidade da legislação indicada.

Indeferida a liminar (fls. 31/32), deixou o i. **Procurador Geral do Estado** de manifestar-se em defesa da norma (fls. 40/41), quedando-se inerte, de outra parte, o i. **Presidente da Câmara Municipal** (fls. 44).

A douta **Procuradoria Geral de Justiça**, em seu parecer de fls. 47/55, opinou pela procedência do pedido para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 5.072, de 11 de setembro de 2015, do Município de Taubaté.

É o relatório.

A ação procede.

A questionada lei a dispor sobre o reúso de água não potável no Município de Taubaté assim se apresenta:

Lei nº 5.072, de 11 de setembro de 2015

Autoria: Vereador Jeferson Campos

Dispõe sobre o reúso de água não potável ao município de Taubaté e dá outras providências.

A CÂMARA MUNICIPAL DE TAUBATÉ aprova e eu promulgo a seguinte Lei, nos termos do § 2º do artigo 37 da Lei Orgânica do Município de Taubaté:

Art. 1º O Município de Taubaté utilizará água de reúso, não potável, proveniente das Estações de Tratamento de Esgoto, para a lavagem de

Acesso ao Sumário

ruas, praças públicas, passeios públicos, próprios municipais e outros logradouros, bem como para a irrigação de jardins, praças, campos esportivos e outros equipamentos, considerando o custo benefício dessas operações.

Art. 2º A compatibilização das necessidades da municipalidade com a disponibilidade da água de reúso decorrerá de acertos a serem estabelecidos entre a Prefeitura do Município de Taubaté e o órgão estadual competente.

Art. 3º O Executivo regulamentará o disposto nesta Lei no prazo de 60 (sessenta) dias contados da sua publicação.

Art. 4º As despesas com a execução da presente Lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias.

Art. 5º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Câmara Municipal de Taubaté, 11 de setembro de 2015.

Aponta o autor ser a norma supra indicada ofensiva à separação dos Poderes e a atingir, diretamente, a matéria que trata da reserva da administração, ferindo, por consequência, o disposto pela letra "**a**", do inciso **XIX**, do artigo **47**, da Constituição do Estado:

"artigo 47 – Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:

(...)

XIX – dispor, mediante decreto, sobre:

a) Organização e funcionamento da administração estadual, quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos;"

Constata-se, assim, que a iniciativa parlamentar trazida em análise atenta quanto ao disposto na legislação dada em destaque, caracterizando, de forma efetiva, a violação à separação dos poderes consagrada pela Constituição.

Assim, importante realçar, que a disciplina das atribuições dos diferentes órgãos da Administração, resulta reservada ao Chefe do Poder Executivo e no exato limite de seu poder normativo sendo, dessa forma, imune a interferência do Poder Legislativo conforme disciplina dos artigos 5º e 47º, II, XIV e XIX, a, da Constituição do Estado de São Paulo e que se aplica, integralmente, na esfera dos municípios, a teor do seu artigo 144 e, ainda, do artigo 29, "caput", da Constituição da República.

De se atentar, ademais, que a Constituição do Estado prevê no seu artigo 24, § 2º, 2, iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo para a "criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 47, XIX" sendo que o tema se aplica a esfera municipal em face do já referido artigo 144.

Acesso ao Sumário

Portanto, a matéria afeta à iniciativa legislativa resulta reservada ao Chefe do Executivo Municipal quando dispuser sobre a organização e o funcionamento da administração pública que, na hipótese da ausência de criação de despesas ou cargos e, também, sua extinção, será aplicada mediante expedição de decreto pelo Executivo.

Circunstâncias todas que estão previstas, ainda, na Lei Orgânica do Município de Taubaté:

"ARTIGO 31 – Compete privativamente ao Prefeito a iniciativa dos projetos de lei que disponham sobre:

I – (...)

II – criação, estruturação e atribuições das Secretarias Municipais e órgãos da administração pública;"

Na sempre lembrada lição do Prof. Hely Lopes Meirelles:

"A administração municipal é dirigida pelo Prefeito, que, unipessoalmente, como Chefe do Executivo local, comanda, supervisiona e coordena os serviços de peculiar interesse do Município, auxiliado por Secretários Municipais ou Diretores de Departamento, conforme a organização da Prefeitura e a maior ou menor desconcentração de suas atividades, sendo permitida, ainda, a criação das autarquias e entidades paraestatais, visando à descentralização administrativa. As leis locais são votadas pela Câmara de Vereadores, órgão colegiado, com função legislativa precípua para todos os assuntos de peculiar interesse do Município e funções complementares de fiscalização e controle da conduta político-administrativa do Prefeito (julgamento de suas contas, cassação de mandato etc), de assessoramento governamental (indicações ao executivo) e de administração de seus serviços auxiliares (organização interna da Câmara) (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 21ª ed., atualizada por Eurico de Andrade, Dácio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, 1996, p. 671/72).

Complementa:

"Em sua função normal e predominante sobre as demais, a Câmara elabora leis, isto é, normas abstratas, gerais e obrigatórias de conduta. Esta é a sua função específica, bem diferenciada da do Executivo, que é a de praticar atos concreto da administração. Já dissemos, e convém se repita, que o Legislativo prevê 'in genere', o Executivo 'in specie'; a Câmara edita normas gerais, o prefeito as aplica aos casos particulares ocorrentes. Daí não ser permitido a Câmara intervir direta e concretamente nas atividades reservadas ao Executivo, que pedem provisões administrativas especiais manifestadas em ordens, proibições, concessões, permissões, nomeações, paramentos, recebimentos, entendimentos verbais ou escritos com os interessados, contratos, realizações materiais da Administração, sem chegar à prática administrativa. A propósito, tem decidido o STF e os Tribunais

Acesso ao Sumário

estaduais que é inconstitucional a deslocação do poder administrativo e regulamentar do Executivo para o Legislativo. 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 situação concreta 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" (Direito Municipal Brasileiro, Malheiros Editores, 7ª ed., atualizada por Izabel Camargo Lopes Monteiro e Yara Darcy Police Monteiro, 1994, p. 233 e 441).

Ocorreu, sob tais circunstâncias, violação da área de atuação com consequente invasão daquela de exclusiva atuação do chefe do Poder Executivo.

Assim é que o artigo 2º da Lei questionada estabelece que a Prefeitura do Município de Taubaté deve motivar negociação com o *"órgão estadual competente"* e a fim de compatibilizar a demanda do município com a oferta de água proveniente das estações de tratamento de esgoto.

Como bem apontado pela douta Procuradoria de Justiça, com esse comando, *"...a norma interfere diretamente na administração municipal, dizendo o modo pelo qual o Administrador deverá agir para a obtenção da água necessária à limpeza e à irrigação dos logradouros públicos que demandem tais serviços"* (fls. 51).

Vai além, pois, com tais fundamentos, atenta contra o disposto pelos incisos I e II, do artigo 30, da Constituição da República, sendo possível, também, a análise sob tal prisma diante teor do Tema de Repercussão Geral 418 (*Leading Case RE 650898*) ao salientar que *"Tribunais de Justiça podem exercer o controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados"*.

Esse artigo retro referido consagra competir aos municípios legislar sobre assuntos de interesse local, suplementando a legislação federal e a estadual no que couber.

Nos limites da análise constata-se que a legislação municipal questionada extrapolou a esses limites.

A questão abrangida – proteção ao meio ambiente e controle da poluição – encontra-se, a teor do disposto pelo inciso VI, do artigo 24, da Constituição da República, sob a competência da União, Estados e Distrito Federal sendo que os municípios podem suplementar a legislação e sempre sob os limites do interesse local; porém, respeitadas as diretrizes gerais ditadas pelos figurantes apresentados.

O tema é tratado, inclusive, pela Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 que,

Acesso ao Sumário

na disciplina da Política Nacional do Meio Ambiente, assinala a competência do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA – para estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente tendo em vista, também, a utilização racional dos recursos hídricos, entre outros conforme disposto pelo inciso VII, do artigo 8º.

O CONAMA editou a Resolução nº 430, de 13 de maio de 2011 dispondo sobre condições e padrões para o lançamento de efluentes, alterando e complementando a Resolução nº 357, de 17 de março de 2005, do Conselho Nacional do Meio Ambiente dispondo das "condições, parâmetros, padrões e diretrizes para gestão do lançamento de efluentes em corpos de água receptores".

Os efluentes somente poderão ser lançados diretamente nos corpos receptores após o indispensável tratamento conforme artigo 3º, da Resolução nº 430; entretanto, deverão observar fiel atendimento *"às condições, padrões e exigências dispostos nesta Resolução"*.

O tratamento exigido ao efluente reduz a carga poluidora; porém, sabidamente, não a elimina e como bem apontado pela douta Procuradoria *"... não há segurança alguma de que a carga poluidora de efluentes produzidos por determinada estação de tratamento de esgoto seja suportável para a sua utilização em serviço de limpeza de ruas e outros logradouros públicos, tampouco para a irrigação de jardins públicos e afins"* (fls. 54).

E não obstante a Resolução CONAMA nº 430, não cuide diretamente da disposição de efluentes líquidos diretamente no solo, certo é que esse lançamento não poderá causar contaminação ou poluição, ainda que branda de águas superficiais ou subterrâneas e a teor do seu artigo 2º.

A lei municipal questionada, justamente, trata desse tema, ou seja, a disposição de efluentes no solo ao trazer a referência de ruas, praças, jardins.

E sob esse limite, não pode o legislador municipal dispor livremente de matéria geral e ainda porque a atividade legislativa do município deve ater-se ao predomínio exclusivo do interesse local, condição que, repetindo, foge ao regramento apresentado e ora analisado pois que o legislador municipal buscou estabelecer regras sobre a disposição de efluentes no solo, não obstante submetidos ao tratamento, pois o controle da poluição é tema geral e exige tratamento abrangente e único ao território nacional.

Tem-se, assim, que a Lei nº 5.072, de 11 de setembro de 2015, do Município de Taubaté, extrapola aos limites de competência e atribuição, não guardando coerência com o disposto junto a letra "a", do inciso XIX, do artigo 47, da Constituição do Estado de São Paulo e, tampouco com os incisos I e II, do artigo 30, da Constituição da República.

Diante do exposto, pelo meu voto, **JULGO PROCEDENTE** o pedido e, por consequência, **DECLARO** a **inconstitucionalidade da Lei nº 5.072, de 11**

Acesso ao Sumário

de setembro de 2015, do Município de Taubaté.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2167096-79.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.653)**

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, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, DAMIÃO COGAN, ADEMIR BENEDITO, SILVEIRA PAULILO, ARTUR MARQUES e PINHEIRO FRANCO.

São Paulo, 14 de novembro de 2018.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Municipal nº 14.207, de 11 de julho de 2018, que dispõe sobre a obrigatoriedade da prefeitura municipal instituir norma técnica para repavimentação asfáltica (tapa-buracos), conforme especifica – Matéria de iniciativa reservada ao poder Executivo – Artigos 5º e 144, da Constituição Estadual – Ação Procedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, relativa à Lei Municipal nº 14.207, de 11 de julho de 2018, que dispõe sobre a obrigatoriedade da prefeitura municipal instituir norma técnica para repavimentação asfáltica (tapa-buracos), conforme especifica.

Alega que as normas legais mencionadas contrariam o disposto nos

artigos 5º, 47, incisos II e XIV, e 144, da Constituição Estadual.

Deferida a liminar (fls. 19).

A Câmara Municipal apresentou informações (fls. 32/34).

Citada, a Procuradoria Geral do Estado deixou de apresentar defesa por entender lhe falecer interesse (fls. 29/30).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (fls. 38/46).

É o relatório.

A Lei Municipal ora guerreada, assim se encontra redigida:

Artigo 1º – Fica por esta lei obrigada a Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto instituir e adotar procedimentos de Normas Técnicas para todos os serviços de pavimentação asfáltica, recapeamento e operação tapa-buracos, executados nas vias públicas do município, por empreiteiras, empresas concessionárias de serviços públicos ou realizados pela própria Prefeitura.

Parágrafo Único – As normas referidas no artigo anterior deverão ser elaboradas por órgão competente do município.

Artigo 2º – Todos os serviços descritos no caput do artigo 1º deverão ter acompanhamento técnico, para realização de fiscalização quanto ao cumprimento das normas e critérios, inclusive de padrões de qualidade dos materiais.

Parágrafo Único – A fiscalização que trata o artigo anterior ficará a cargo do órgão competente do município.

Artigo 3º – As despesas decorrentes com a execução da presente lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias.

Artigo 4º – Esta lei entrará em vigor 90 (noventa) dias após a sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Procede a ação.

Além de se verificar a completa ausência de técnica legislativa, a norma ora guerreada afronta prescrições constitucionais abaixo elencadas.

Acesso ao Sumário

Assim prevê o artigo 2º da Constituição Federal:

Artigo 2º – "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, O Executivo e o Judiciário".

No mesmo sentido o artigo 5º, caput, da Constituição Estadual:

Art.5º "São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

O mesmo princípio se aplica no âmbito municipal, conforme dispõe o artigo 144 da Carta Estadual, in verbis:

Art.144 – "Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica,

atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição"

Segue-se, pois, que nos Municípios o Executivo e o Legislativo guardam independência entre eles, sem prejuízo, é óbvio, da harmonia em suas relações.

No caso em exame se verifica a usurpação de poderes pelo legislativo municipal.

Não há como entrever que na aplicação da lei, indiretamente, poderá ocorrer o aumento de despesas para a qual a lei não indica receitas, pois deverá ser criado órgão de fiscalização, ou haverá alteração na estrutura ou rotina de trabalho dos órgãos municipais de controle já existentes.

Isto porque, toda legislação editada, seja por qual for o poder, exige fiscalização, que é inerente ao poder de polícia da Administração Pública.

Diante disso, temos que a lei em exame ao criar órgão administrativo, impõe, necessariamente, aumento de despesa.

De outro lado, também estabelece rotina para controle, por parte do Poder Público, quanto ao seu cumprimento, invadindo assim, as prerrogativas administrativas do Poder Executivo.

Mostra-se, então, óbvia a inconstitucionalidade da lei em questão, por inexistir ofensa ao princípio da independência dos poderes previsto no artigo 5º, caput e no artigo 144, parte final, ambos da Constituição Estadual.

Isto posto, julga-se, procedente a ação. Ante o exposto, julga-se procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 14.207, de 11 de julho de 2018, do Município de Ribeirão Preto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2186690-79.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE JARDINÓPOLIS, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE JARDINÓPOLIS.

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 32.197)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, DAMIÃO COGAN, ADEMIR BENEDITO, SILVEIRA PAULILO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS,

Acesso ao Sumário

MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ e ALEX ZILENOVSKI.

São Paulo, 14 de novembro de 2018.

GERALDO WOHLERS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Expressão "com exceção dos bens imóveis que serão precedidos de autorização legislativa", contida no artigo 119, § 2º, da Lei Orgânica do Município de Jardinópolis, o qual dispõe acerca da permissão de uso de bens públicos. Artigo 19, inciso V, da Constituição estadual, que estabelece a necessidade de prévia autorização legislativa na cessão ou concessão de uso de bens imóveis da Administração Pública, dispensando aludido consentimento nos casos de permissão ou autorização de uso de bens públicos. Ingerência do Poder Legislativo local na prática de atos de gestão, os quais incumbem ao Prefeito local. Ofensa ao princípio da separação de poderes (artigo 5º, da Carta Constitucional estadual). Ação procedente.

VOTO

Vistos, etc...

1. Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade que tem por objeto a expressão *"com exceção dos bens imóveis que serão precedidos de autorização legislativa"*, contida no artigo 119, § 2º, da Lei Orgânica do Município de Jardinópolis.

Sustenta o autor que *"o parágrafo 2º do artigo 119, da Lei Orgânica Municipal de Jardinópolis, ao estabelecer que as permissões e autorizações a título precário de bens imóveis municipais, por terceiros, dependem de aprovação do Poder Legislativo, viola a regra da separação de poderes, por delegarem atribuições do Poder Executivo ao Poder Legislativo, violando a proibição expressa contida no § 1º do art. 5º da Constituição Paulista"* (fls. 03), e que, *"não bastasse isso, o § 2º do artigo 119, § 1º da Lei Orgânica Municipal de Jardinópolis, viola os princípios previstos no art. 111 da Constituição do Estado, aplicável ao Município por força do art. 144 da mesma Carta, na medida em que permite a indicação de beneficiários específicos do ato de permissão de uso de bem público imóvel, da autorização de uso de bens imóveis e da concessão de*

Acesso ao Sumário

direito real de uso" (fls. 04).

Aduz o requerente, ainda, que *"o dispositivo legal questionado, ao dispensar indevidamente a realização de licitação em casos em que é perfeitamente possível a competição para a utilização de bens públicos, e subordinarem a permissão e a autorização de uso de bens a autorização legislativa, ofendem o princípio da impessoalidade, previsto no art. 111 da Constituição do Estado (reprodução do art. 37, 'caput' da CF), que deve ser respeitado pelos Municípios, por força do art. 144 da Carta Estadual"* (fls. 05).

Postula, desse modo, *"o recebimento e processamento da presente ação declaratória, para que, ao final, seja ela julgada procedente, reconhecendo-se a inconstitucionalidade do art. 119, § 2º com a seguinte expressão: '...com exceção dos bens imóveis que serão precedidos de autorização legislativa' (Redação alterada pela Emenda Constitucional n.º 05, de 19 de novembro de 1991), da Lei Orgânica Municipal do Município de Jardinópolis"* (fls. 06).

Requereu também *"a concessão da liminar, para fins de suspensão imediata da eficácia do ato normativo impugnado, durante o trâmite da presente ação e até seu final julgamento"* (fls. 06).

Recusado o provimento preambular (fls. 86/8), prestou informações o i. Presidente da Câmara Municipal de Jardinópolis (fls. 96/8). Em seguida, a d. Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo se manifestou no sentido de que, *"verificando-se que o ato normativo impugnado trata de matéria exclusivamente local, não há interesse do Procurador Geral do Estado em sua defesa"* (fls. 106/7).

Pela parcial procedência da ação opinou a i. Procuradoria-Geral de Justiça, *"a fim de que seja decretada a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do § 2º do art. 119 da Lei Orgânica de Jardinópolis, no que diz respeito à exigência de autorização legislativa para a permissão (simples) a título precário de bem imóvel municipal"* (fls. 110/9 e 122/30).

É o relatório.

2. Estabelece o artigo 119 da Lei Orgânica de Jardinópolis:

*"**Artigo 119** – O uso de bens públicos, por terceiros, só poderá ser feita mediante concessão, ou permissão a título precário e por tempo determinado, conforme o interesse público o exigir.*

***§ 1º** – A concessão administrativa de bens públicos de uso comum somente poderá ser outorgada para finalidades escolares, de assistência social, turística, cultural ou de lazer, devidamente justificada (Redação alterada pela Emenda Constitucional n.º 029, de 28 de fevereiro de 2008).*

***§ 2º** – A permissão de uso, que poderá incidir sobre qualquer bem público, será feita a título precário por Ato unilateral do Prefeito, através de Decreto, com exceção dos bens imóveis que serão precedidos de autorização legislativa (Redação alterada pela Emenda Constitucional n.º 05, de 19 de novembro de 1991)".*

Acesso ao Sumário

3. De proêmio impende registrar que, embora o autor tenha apontado na exordial razões pelas quais o referido artigo 119 seria inconstitucional em sua integralidade, pleiteou, como visto, tão-somente a declaração de inconstitucionalidade da expressão *"com exceção dos bens imóveis que serão precedidos de autorização legislativa"*.

Conforme já decidiu este E. Órgão Especial:

"Embora a causa de pedir, na ação direta de inconstitucionalidade, seja aberta, como foi mencionado acima, o pedido, ao contrário, deve ser certo e determinado (art. 286 do Código de Processo Civil), a fim de delimitar os limites da lide e evitar julgamento aquém ou além da pretensão posta em Juízo, o que implicaria, nesse último caso, em ofensa ao princípio da adstrição previsto no art. 460 do CPC. A exceção, aqui, ficaria por conta da eventual existência de relação de dependência de outros artigos da mesma lei em relação ao dispositivo impugnado. É que nessa hipótese, para não esvaziar o sentido da lei, tornando-a inócua (com a supressão da parte da norma declarada inconstitucional), aqueles outros dispositivos (embora não impugnados na petição inicial) também poderiam ser declarados inconstitucionais por arrastamento, mas, esse não é o caso dos autos" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0276286-21.2012.8.26.0000, Relator o nobre Des. Antonio Luiz Pires Neto, j. em 24.07.2013).

"Afigura-se crucial distinguir 'causa de pedir' de 'pedido', para se evitar inadmissível julgamento ultra petita.

Descabido estender a liberdade conferida à causa de pedir da ação direta de inconstitucionalidade para o próprio pedido, devendo o julgador se ater ao que lhe fora questionado" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2063047-84.2018.8.26.0000, Relator o ilustre Des. Beretta da Silveira, j. em 05.09.2018).

4. De rigor a procedência da ação.

Ensina a notável *Maria Sylvia Zanella di Pietro* que "**permissão de uso** é o ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta a utilização privativa de bem público, para fins de interesse público[1]" *('Direito Administrativo, Atlas, 28ª edição, 2015, p. 838/41)*.

Acerca do tema, determina o artigo 19 da Constituição do Estado de São Paulo que compete ao Poder Legislativo dispor, além de outros assuntos, sobre: V – *"autorização para cessão ou para concessão de uso de bens imóveis do Estado para particulares,* ***dispensado o consentimento nos***

1 "O legislador nem sempre observa as características dos institutos apontadas pela doutrina. Veja-se, por exemplo, que o Decreto nº 980, de 11-11-93, alterado pelo Decreto nº 4.528, de 18-12-02, prevê a utilização de imóveis residenciais de propriedade da União por meio do instituto de permissão de uso precário e por prazo indeterminado. O uso privativo, no caso, é feito no interesse privado do agente público, estando sujeito a cobrança da chamada taxa de uso".

Acesso ao Sumário

***casos de permissão e autorização de uso, outorgada a título precário**, para atendimento de sua destinação específica"* (negritamos) – frise-se que tal norma deve ser aplicada no âmbito municipal à luz do artigo 144 do citado diploma legal.

Da análise conjugada desses preceitos depreende-se que a permissão de uso de bens públicos se encontra no âmbito dos atos de gestão e organização da Administração Pública, cuja prática incumbe ao Alcaide municipal, sem ingerência da Vereança.

Consoante enuncia o perenemente festejado *Hely Lopes Meireles*, "o sistema de separação de funções – executivas e legislativas – impede que o órgão de um Poder exerça atribuições do outro. Assim, sendo, a Prefeitura não pode legislar, como a Câmara não pode administrar. Cada um dos órgãos tem missão própria e privativa: a Câmara estabelece regras para a Administração; a Prefeitura as executa, convertendo o mandamento legal, genérico e abstrato, em atos administrativos, individuais e concretos. O Legislativo edita normas; o Executivo pratica atos segundo as normas. Nesta sinergia de funções é que residem a harmonia e a independência dos Poderes, princípio constitucional (art. 2º) extensivo ao governo local. Qualquer atividade, da Prefeitura ou da Câmara, realizada com usurpação de funções é nula e inoperante" *('Direito Municipal Brasileiro, Malheiros, 18ª edição, 2017, p. 748/9)*.

Assim, o Poder Legislativo de Jardinópolis, ao impor prévia autorização legislativa para que o Prefeito da localidade possa outorgar, a título precário, permissão de uso de bem imóvel, exorbitou das atribuições a ele constitucionalmente delineadas e interferiu em matéria de competência do chefe do Poder Executivo local, violando o preceito fundamental da separação de poderes (artigo 5º da Carta constitucional estadual).

Frise-se ademais que, embora a lei ora guerreada tenha restringido a atuação do Prefeito somente no que concerne aos bens imóveis, o Supremo Pacto deste Estado-membro não faz qualquer ressalva quanto à natureza do bem cujo uso poderá ser permitido independentemente de autorização legislativa.

5. Sob outro vértice, impende registrar o que ponderou a d. Procuradoria-Geral de Justiça:

"... é necessário ressaltar a imprecisão terminológica da norma sob análise, que não explicita se se trata da chamada permissão simples, ou da qualificada, impondo essa dúvida, sobretudo, ao valer-se da expressão 'a título precário e por tempo determinado'.

Ou há título precário, e se trata de permissão simples, que pode ser revogada a qualquer tempo, sob critério de discricionariedade; ou estável, e, nesse caso, se cuida da chamada 'permissão qualificada' (Maria Sylvia Zanella di Pietro) ou 'de segundo grau' (José Cretella Junior) ou condicionada (Hely Lopes Meirelles), que é regida pelos preceitos contidos na Lei Federal nº 8.666/93, tanto com relação à necessidade de licitação (art. 2º), quanto com

respeito à imprescindibilidade de autorização legislativa (art. 17, I, da Lei nº 8.666/93), dada a aproximação com o instituto do contrato administrativo.

(...)

De fato, a fixação de prazo determinado para a permissão de uso de bem público lhe retira o caráter precário, alterando a natureza do próprio ato" (fls. 124/5).

No entanto, ressalte-se que a expressão *"a título precário e por tempo determinado"* está contida somente no ***caput*** do artigo 119 da Lei Orgânica de Jardinópolis, que não é objeto da presente ação. A primeira parte do § 2º do mencionado dispositivo legal, **cuja parte final ora se impugna**, enuncia que *"a permissão de uso, que poderá incidir sobre qualquer bem público, será feita a título precário por Ato unilateral do Prefeito, através de Decreto"*; ou seja, estabelece que a outorga de permissão de uso de bem público seja realizada unicamente a título precário, não havendo **aqui** – e o pedido se circunscreve a isso – imprecisão terminológica.

6. Diante do exposto, **julgo procedente** a ação para declarar inconstitucional a expressão *"com exceção dos bens imóveis que serão precedidos de autorização legislativa"*, **contida no artigo 119, § 2º**, da Lei Orgânica do Município de Jardinópolis.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2151234-68.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE JUNDIAÍ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE, REVOGADA A LIMINAR. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.088)**

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, ADEMIR BENEDITO, SILVEIRA PAULILO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA e SALLES ROSSI.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 14 de novembro de 2018.
RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 8.963, de 21 de maio de 2018, do Município de Jundiaí, que "prevê, em postos de combustíveis, painel de divulgação de preços e quadro informativo sobre os estabelecimentos" – Norma impugnada, de iniciativa parlamentar, que não versa sobre energia ou venda de combustíveis, restringindo-se a cuidar de matéria referente à informação e consequente proteção do consumidor – Lei que não extrapola a competência suplementar dos Municípios – Artigo 30, incisos I e II, da Constituição Federal – Lei Municipal que não viola o princípio federativo – Precedentes desse Colendo Órgão Especial – Inconstitucionalidade não configurada.

Pedido improcedente.

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Jundiaí visando ao reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei nº 8.963, de 21 de maio de 2018, do Município de Jundiaí que "prevê, em postos de combustíveis, painel de divulgação de preços e quadro informativo sobre o estabelecimento", porque, segundo ele, viola o disposto nos artigos 22, incisos IV e XII, 24, inciso V, 30, inciso II, da Constituição Federal, e os artigos 111 e 144, da Constituição do Estado de São Paulo. Aduz a respeito da proteção de consumidores de combustíveis comprados em postos de revenda, que a competência é concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre o assunto, nada cabendo aos Municípios que não teriam interesse local para dispor sobre referida matéria cujo tratamento deve ser uniforme em todo território nacional. Diz que estão presentes os requisitos para a concessão da liminar e, ao final, requer seja declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 8.963, de 21 de maio de 2018, do Município de Jundiaí.

A Câmara Municipal de Jundiaí, representada por seu Presidente, apresentou informações (fl. 44/48).

Foi deferida a liminar (fl. 79/84).

A Procuradoria Geral do Estado, citada, mostrou desinteresse em realizar a defesa da norma impugnada (fl. 96/97).

Acesso ao Sumário

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 101/110, opinou pela procedência do pedido.

É o relatório.

2. A Lei nº 8.963, de 21 de maio de 2018, do Município de Jundiaí, que "prevê, em postos de combustíveis, painel de divulgação de preços e quadro informativo sobre o estabelecimento", estabelece:

"Art. 1º. Em todo posto revendedor de combustíveis automotivos haverá:

I – painel de divulgação de preço de combustíveis, respeitadas as seguintes características:

a) quanto à construção:

1. dimensões mínimas de 0,95m X 1,80m (noventa e cinco centímetros de largura por um metro e oitenta centímetros de altura);

2. produzido em material que garanta a qualidade das informações nele contidas, com proteção contra raios ultravioleta;

3. cor de fundo a critério do revendedor;

b) quanto ao texto:

1. tamanho dos caracteres compatível com as dimensões do painel;

2. distante, no mínimo, 0,15m (quinze centímetros) das bordas do painel;

c) quanto à localização: junto à entrada do posto, de modo destacado e de fácil visualização à distância, tanto de dia quanto à noite;

II – quadro informativo, respeitadas as seguintes características:

a) quanto à forma:

1. dimensões mínimas de 0,50m X 0,70m (cinquenta centímetros de largura por setenta centímetros de altura);

2. em material que assegure a qualidade das informações nele contidas e com proteção contra raios ultravioleta;

3. impressão eletrostática em vinil autoadesivo;

4. cor de fundo a critério do revendedor;

b) quanto às informações:

1. nome e razão social do revendedor;

2. horário de funcionamento;

3. nome e número de telefone do órgão regulador e fiscalizador da atividade (Agência Nacional do Petróleo – ANP);

4. número de telefone do Centro de Relações com o Consumidor – CRC, da ANP, constando que a ligação é gratuita e que para esse órgão deverão ser dirigidas as reclamações que não forem atendidas

Acesso ao Sumário

pelo revendedor ou distribuidor do combustível.

c) quanto ao texto:

1. tamanho dos caracteres compatível com as dimensões do quadro;

2. distante, no mínimo, 0,05m (cinco centímetros) das bordas do quadro;

d) quanto à localização: em local de fácil visualização e de modo destacado.

Art. 2º. Os estabelecimentos terão prazo de 60 (sessenta) dias para se adequar ao disposto nesta lei.

Parágrafo único. Decorrido o prazo do *caput* deste artigo e verificado o descumprimento, o estabelecimento se sujeitará às seguintes penalidades:

I – notificação para regularização no prazo de 30 (trinta) dias;

II – em caso de reincidência, multa de 100 (cem) Unidades Fiscais do Município UFMs.

Art. 3º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação."

Pois bem.

Quando da análise do pedido de liminar, foi apreciada com acuidade própria do momento processual a matéria relativa à alegação de violação do princípio federativo, quando então foi deferida a liminar, **"para suspender (*ex nunc*) a eficácia da Lei nº 8.963, de 21 de maio de 2018, do Município de Jundiaí, até julgamento final da ação, vez que se encontram presentes os requisitos para tanto, pois, em juízo de cognição sumária, a norma combatida, *in thesis*, viola a repartição constitucional de competências, bem como o princípio federativo"** (fl. 83/84).

Assim, de rigor a revisão dos fundamentos da liminar concedida, em especial, considerando os precedentes deste Colendo Órgão Especial a respeito da matéria.

Como se sabe, o Estado e o Município devem seguir, por simetria, os princípios da Constituição Federal (artigo 144, da Constituição do Estado), incluindo-se a repartição de competências administrativas e legislativas decorrentes do pacto federativo.

A Constituição brasileira adotou a competência concorrente não cumulativa ou vertical, de forma que a competência da União está adstrita ao estabelecimento de normas gerais, devendo os Estados e Distrito Federal especificá-las através de suas respectivas leis.

Sobre o tema, a lição de Raul Machado Horta: "As Constituições federais passaram a explorar, com maior amplitude, a *repartição vertical de competências*, que realiza a distribuição de idêntica matéria legislativa entre

Acesso ao Sumário

a União Federal e os Estados-membros, estabelecendo verdadeiro condomínio legislativo, consoante regras constitucionais de convivência. A repartição vertical de competências conduziu à técnica da *legislação federal fundamental,* de *normas gerais* e de *diretrizes essenciais*, que recai sobre determinada matéria legislativa de eleição do constituinte federal. A legislação federal é reveladora das linhas essenciais, enquanto a legislação local buscará preencher o claro que lhe ficou, afeiçoando a matéria revelada na legislação de normas gerais às peculiaridades e às exigências estaduais. A Lei Fundamental ou de princípios servirá de molde à legislação local. É a *Rahmengesetz*, dos alemães; a *Legge-cornice*, dos italianos; a *Loi de cadre*, dos franceses; são as *normas gerais* do Direito Constitucional Brasileiro."[1]

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao discorrer sobre a **competência legislativa concorrente,** preconiza a predominância da legislação editada pela União sobre as normas editadas por Estados e pelo Distrito Federal:

> **"Por outro lado, existe uma repartição vertical. Há uma competência concorrente deferida à União, aos Estados e ao Distrito Federal (não aos Municípios) (art. 24). Neste campo, compete à União estabelecer apenas as 'normas gerais' (art. 24, § 1º). Aos Estados e ao Distrito Federal cabe complementar essas normas, adaptando-as às suas peculiaridades (competência complementar, que a Constituição incorretamente chama de 'suplementar', art. 24, § 2º). Na falta de normas gerais editadas pela União, os Estados e o Distrito Federal podem editá-las, suprindo a lacuna (competência supletiva, que a Constituição também chama de 'suplementar', de modo incorreto, art. 24, § 3º). Neste caso, porém, editando a União as normas gerais, estas prevalecerão sobre as que houverem sido promulgadas pelos Estados ou pelo Distrito Federal (art. 24, § 4º)."** (Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. "Curso de Direito Constitucional". 39ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 92).
>
> E, segundo lição de Hely Lopes Meirelles:
>
> **"Tratando-se de competências concorrentes e supletivas, sempre que a esfera mais alta passar a prover o mesmo assunto de modo diverso do provimento inferior fica afastada a regulamentação da entidade menor; se não houver conflitos vigem, paralelamente, ambas as competências. (...)"** (Cf. "Direito Municipal Brasileiro", 14ª ed., Malheiros, 2006, págs. 461-2).

Acesso ao Sumário

Com efeito, os Municípios não constam no artigo 24, da Constituição Federal como legitimados para legislar concorrentemente, entre outros temas, sobre proteção do consumidor (inciso VIII), atribuição apenas da União, dos

1 MACHADO HORTA, Raul. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 366.

Estados e do Distrito Federal. Todavia, eles detêm competência para "legislar sobre assuntos de interesse local" e "suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber" (artigos 30, inciso I e II), de tal arte que a legislação municipal, ao tratar de semelhante questão, não pode contrariar a disciplina contida em regras federais e estaduais.

A propósito, salienta André Ramos Tavares:

"O Município possui a chamada competência suplementar (art. 30, II, CF). É que poderão os Municípios suplementar a legislação federal e estadual 'no que couber'. Trata-se de uma possibilidade de especificar a legislação federal e estadual sobre a matéria. Impõem-se duas condições: 1ª) a presença do interesse local e 2ª) a compatibilidade com a legislação federal e estadual. É competência, portanto, que difere daquela denominada concorrente entre Estados e União, na qual prevalece o interesse local do Estado (Art. 24) em face de legislação federal contrária. Ademais, lembra Ubirajara Custódio Filho, com base na competência suplementar, não está autorizado o Município a invadir competência da União ou dos Estados-membros." (*in* "Curso de Direito Constitucional", Saraiva, 2002, p.753).

E, ainda, sobre a competência legislativa suplementar municipal:

"Pode-se afirmar, portanto, que a competência municipal suplementar, enunciada no art. 30, II, da Carta, presta-se apenas a acrescentar algo à legislação federal e à estadual, sem a função supletiva ou colmatadora a que alude Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ou seja, complementa, mas não supre. Inexistindo legislação federal e/ou, estadual, desautorizado está o Município a legislar sobre as questões previstas no art. 24. Esclarecida tal distinção, cuide-se agora de interpretar a locução 'no que couber', utilizada no final do dispositivo em tela (art. 30, II). O conteúdo semântico dessa expressão pode ser sintetizado em dois pontos, a serem observados cumulativamente: a) 'no que couber' = no que for compatível com a legislação federal e a estadual; b) 'no que couber' = excluídos os assuntos de competência privativa da União, dos Estados-membros ou do Distrito Federal. Explica-se. O primeiro ponto parece evidente: se o Município irá suplementar a legislação federal e a estadual, haverá de fazê-lo em conformidade com ambas. O segundo ponto decorre da conclusão de que o Município não poderá suplementar a legislação federal e a estadual, em matéria de competência privativa da União e/ou dos Estados-membros." (Ubirajara Custódio Filho, "As Competências do Município na Constituição Federal de 1988", IBDC, Celso Bastos Editor, 2000, SP, p. 85/86).

Acesso ao Sumário

Portanto, ainda que não tenha competência concorrente para dispor a respeito das matérias arroladas no artigo 24 da Constituição Federal, o Município tem competência suplementar, de modo a apenas poder complementar a legislação federal (Lei Federal nº 9.847, de 26 de outubro de 1999, que "dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis, de que trata a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, estabelece sanções administrativas e dá outras providências"), tendo em vista que a norma impugnada, de iniciativa parlamentar, não versa sobre energia ou venda de combustíveis, restringindo-se a cuidar de matéria referente à informação e proteção do consumidor.

Colhe-se da jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal:

"EMENTA: INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei nº 12.420/99, do Estado do Paraná. Consumo. Comercialização de combustíveis no Estado. Consumidor. Direito de obter informações sobre a natureza, procedência e qualidade dos produtos. Proibição de revenda em postos com marca e identificação visual de outra distribuidora. Prevenção de publicidade enganosa. Sanções administrativas. Admissibilidade. Inexistência de ofensa aos arts. 22, incs. I, IV e XII, 170, incs. IV, 177, §§ 1º e 2º, e 238, todos da CF. Ação julgada improcedente. Aplicação dos arts. 24, incs. V e VIII, cc. § 2º, e 170, inc. V, da CF. É constitucional a Lei nº 12.420, de 13 de janeiro de 1999, do Estado do Paraná, que assegura ao consumidor o direito de obter informações sobre a natureza, procedência e qualidade de produtos combustíveis comercializados nos postos revendedores do Estado." (ADI nº 1980/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 16/04/2009).

No mesmo sentido, o entendimento deste Colendo Órgão Especial:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 7.282, de 18 de maio de 2017, do Município de Mogi das Cruzes, que "dá nova redação aos artigos 1º e 2º da Lei Municipal nº 6.809, de 10 de julho de 2013 e dá outras providências" – Lei que dispõe sobre a obrigatoriedade, em todas as bombas de abastecimento nos postos revendedores de combustíveis do Município, de informações ao cliente em forma de percentual indicativo da diferença de preço entre o litro do álcool/etanol e da gasolina comum, indicando ainda o combustível mais vantajoso para os consumidores de veículos bicombustíveis – Lei que não viola o princípio federativo, porquanto não se está a legislar sobre energia ou sobre competência da ANP (arts. 1º; 18; 22, IV; 24, VIII e §§; e 30, I e II, CF; Leis Federais 9.478/97 e 9.847/99; art. 18 e 19 Resolução ANP 41/2013) – Inconstitucionalidade não configurada. Ação julgada improcedente." (ADI nº 2207157-16.2017.8.26.0000,

Acesso ao Sumário

Rel. Des. João Carlos Saletti, j. 03/10/2018).

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Municipal que dispõe sobre a obrigatoriedade de exibição em postos revendedores de combustíveis de placa com o valor percentual do litro do álcool/etanol em relação ao valor do litro da gasolina. Norma impugnada que se restringe a cuidar de matéria referente à informação e consequente proteção do consumidor, abrangida pela competência suplementar do Município. Inexistência de afronta à regra contida no artigo 25 da Constituição do Estado. Ausência de ofensa ao princípio da separação dos Poderes. Previsão de dotação orçamentária generalista não se constitui em vício de constitucionalidade. Possibilidade de remanejamento ou complementação orçamentária, bem como de postergação do planejamento dos novos gastos para o exercício orçamentário subsequente. Pedido julgado improcedente, cassada a liminar deferida." (ADI nº 2211244-83.2015.8.26.0000, Rel. Designado Des. Márcio Bartoli, j. 06/4/2016).

Nesse quadro, inexistente, pois, qualquer vício de inconstitucionalidade na Lei local, que cuida de matéria referente à informação e proteção do consumidor, abrangida pela competência suplementar do Município, nos termos do artigo 30, incisos I e II, da Constituição Federal, outra não é a solução, senão a improcedência do pedido, cassando-se a liminar outrora concedida.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, julgo improcedente o pedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2184667-63.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO MUNICIPAL DE DOLCINÓPOLIS, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE DOLCINÓPOLIS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.658)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO

Acesso ao Sumário

AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ARTUR MARQUES e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 28 de novembro de 2018.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigo 62, inciso III, que confere interpretação aos artigos 62, inciso II e 67, da Lei Complementar nº 06, de 17 de dezembro de 2012, do Município de Dolcinópolis – Ofensa aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, razoabilidade, finalidade e interesse público – Inconstitucionalidade reconhecida – Violação aos artigos 111 e 128 da constituição estadual – Ação procedente, em parte.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Dolcinópolis em face do art. 62, incisos I, II, III, IV, art. 63, §§ 1ºe 2º, art. 64 e parágrafo único, art. 65 e parágrafo único, art. 67, incisos I, II, III, IV, V e §§ 1º, 2º, 3º e 4º, art. 8º e parágrafo único, art. 69, §§ 1º, 2º, 3º e incisos I e II, art. 70 e §§ 1º, 2º, 3º e 4º, art. 72, §§ 1º, 2º e 3º, e, por fim, art. 77 e parágrafo único, todos da Lei Complementar nº 06, de 17 de dezembro de 2012, do Município de Dolcinópolis.

Alega que as normas mencionadas contrariam o disposto no art. 111, e 128, da Constituição do Estado, sob o fundamento de que referida norma contraria os princípios constitucionais que as normas insculpem.

A liminar foi indeferida (fls. 274/276).

Vieram informações somente da Câmara Municipal (fls. 284/290).

Citado, o Senhor Procurador Geral do Estado declinou de oferecer defesa do ato atacado (fls. 293/294).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência parcial da ação (fls. 298/318).

É o relatório.

Procede, em parte, a ação.

O artigo 62, inciso III, conferir interpretação conforme e os artigos 62, inciso II e 67, da Lei Complementar nº 06, de 17 de dezembro de 2012, do Município de Dolcinópolis, contrariam frontalmente a Constituição do Estado de São Paulo, à qual está subordinada a produção normativa municipal ante a

previsão dos arts. 1º, 18, 29 e 31 da Constituição Federal.

Referidas normas assim dispõe:

Art. 62 – Será concedida a gratificação:

I – pela execução de trabalho insalubre, perigoso ou penoso;

II – por formação educacional e profissional;

II – de aniversário;

IV – gratificação de encargos especiais;

V – Décimo Terceiro Salário.

(...)

DA GRATIFICAÇÃO POR FORMAÇÃO EDUCACIONAL E PROFISSIONAL

Art. 67 – será concedida gratificação, por formação educacional e profissional aos servidores que possuírem formação nos seguintes níveis além dos requisitos para admissibilidade;

I – técnico;

II – universitário;

II – pós-graduação;

IV – mestrado e;

V – doutorado.

§ 1º – A gratificação estipulada no "caput" deste artigo, será acrescida por nível de formação;

I – 5% (cinco por cento) para nível técnico;

II – 10% (dez por cento) para o nível universitário;

II – 15% (quinze por cento) para o nível pós-graduação;

III – 15% (quinze por cento) para o nível mestrado e;

IV – 15% (quinze por cento) para o nível doutorado;

§ 2º – O Servidor Municipal terá direito a uma gratificação para cada nível de formação.

§ 3º – Para concessão do adicional, o interessado deverá apresentar cópia do diploma ou atestado de conclusão de curso, não sendo beneficiado os cursos em andamentos.

§ 4º – O requerimento solicitando a concessão do adicional previsto neste artigo deve vir instruído com a cópia autenticada do diploma ou atestado de conclusão, devidamente registrado no órgão competente.

Tem-se que os referidos atos normativos padecem de vício de inconstitucionalidade, haja vista que a instituição de vantagens pecuniárias para servidores públicos só se mostra legítima se realizada em conformidade com o interesse público e com as exigências do serviço, nos termos do art. 111 e 128, aplicável aos Municípios por força do art. 144 da ambos, da Constituição do

Acesso ao Sumário

Estado, que assim dispõe:

> ***Art. 111. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.***
>
> ***Artigo 128 – As vantagens de qualquer natureza só poderão ser instituídas por lei e quando atendam efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço.***
>
> ***Artigo 144 – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.***

Assim, temos que a norma guerreada não atende ao interesse público, nem mesmo às exigências do serviço, esbarrando nos princípios de moralidade, interesse público e finalidade, além de ofender o princípio da razoabilidade, que deve nortear a Administração Pública e a atividade legislativa e que, como aqueles, têm assento no art. 111 da Constituição do Bandeirante.

Observa-se a que a gratificação proporcionada pela norma em exame além de não atender a nenhuma necessidade da Administração Pública, vindo em benefício exclusivamente da conveniência dos servidores públicos beneficiados por essa vantagem pecuniária; e ser, por consequência, inadequada na perspectiva do interesse público; é, também, desproporcional em sentido estrito, pois cria ônus financeiros que naturalmente se mostram excessivos e inadmissíveis, tendo em vista que não acarretarão benefício algum para a Administração Pública.

No que tange ao art. 69, tal situação já foi, devidamente, analisada quando do julgamento da Direta de Inconstitucionalidade nº 2003783-39.2018.8.26.0000, por este Relator.

Por fim, as demais gratificações previstas no art. 63, §§ 1º e 2º, art. 64 e parágrafo único, art. 65 e parágrafo único, 68, art. 70 e §§ 1º, 2º, 3º e 4º, art. 72, §§ 1º, 2º e 3º e art. 77, parágrafo único, todos da Lei Complementar nº 06, de 17 de dezembro de 2012, do Município de Dolcinópolis, revestem-se de constitucionalidade, uma vez que, a primeira delas caracteriza recompensa pelo desempenho de serviços comuns em condições adversas; a segunda fomenta a formação profissional relacionada à área de atuação; a terceira representa uma retribuição diante de funções especiais que estão fora do âmbito da rotina burocrática; e a quarta consiste em direito de estatura constitucional, de que os servidores públicos também gozam, cuja origem é a concessão de gratificação natalina (art. 7º, VIII, CF e art. 124, § 3º CE).

Isto posto, julga-se procedente ação para declarar a inconstitucionalidade artigos 62, inciso III, que confere interpretação aos artigos 62, inciso II, e 67, da Lei Complementar nº 06, de 17 de dezembro de 2012, do Município de

Acesso ao Sumário

Dolcinópolis.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2135835-96.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.089)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ARTUR MARQUES, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA e SALLES ROSSI.

São Paulo, 28 de novembro de 2018.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Complementar nº 2.855, de 07 de março de 2018, do Município de Ribeirão Preto, que "acrescenta parágrafo 1º, 2º e 3º ao artigo 325 da Lei Complementar nº 2.158/2007 (Código de Obras do Município de Ribeirão Preto)" – Norma voltada à segurança de combate e prevenção contra incêndio em edificações da cidade – Ato normativo que por seu conteúdo, dependia de prévios estudos de planejamento e efetiva participação popular – Violação aos artigos 144 e 180, inciso II, da Constituição do Estado de São Paulo.

Pedido procedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Ribeirão Preto visando ao reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 2.855, de 07 de março de 2018, que "acrescenta parágrafo 1º, 2º e 3º ao artigo 325 da Lei Complementar nº 2.158/2007 (Código de Obras do Município de Ribeirão Preto)", porque, segundo ele, viola o disposto nos artigos 144, 180, inciso II, 181, § 1º e 191, da Constituição do Estado de São Paulo. Aduz que o ato normativo desrespeitou a necessidade de planejamento, princípio que deve ser observado na edição de leis relacionadas à instituição de diretrizes urbanas. Alega, ainda, que o princípio da participação comunitária no estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano é uma exigência da Constituição Estadual (artigos 180, II e 191). Diz que estão presentes os requisitos para a concessão da liminar e, ao final, requer seja declarada a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 2.855, de 07 de março de 2018, do Município de Ribeirão Preto.

A liminar foi deferida (fl. 25/28).

A Procuradoria Geral do Estado, citada, mostrou desinteresse em realizar a defesa da norma impugnada (fl. 38/39).

Informações do Presidente da Câmara Municipal de Ribeirão Preto a fl. 41/43.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 46/56, opinou pela improcedência do pedido.

2. É o relatório.

A Lei impugnada tem a seguinte redação:

"Artigo 1º – Acrescenta os parágrafos 1º, 2º e 3º ao artigo 325 da Lei Complementar nº 2.158, de 12.01.2007, ficando com a seguinte redação:

'Art. 325 – ***omissis*****.**

§ 1º – Fica estabelecida como postura dos órgãos, e entes municipais, bem como suas secretarias, a exigência de projeto que disponha sobre a instalação de um sistema de escadas externas, elevadores externos, ou helipontos, em prédios ou edifícios verticais, sejam públicos ou privados, para utilização dos moradores, usuários, como instrumento e medida de segurança em caso de incêndios.

§ 2º – O projeto será apresentado juntamente com a documentação exigida para a aprovação do respectivo empreendimento imobiliário no órgão competente da municipalidade.

§ 3º – As edificações já terminadas e prontas para o uso serão objeto de estudo de viabilidade para a adoção dos mecanismos de combate

Acesso ao Sumário

a incêndios.'

Artigo 2º – Esta lei complementar entrará em vigor na data de sua publicação, cabendo ao Poder Executivo regulamentá-la, revogadas as disposições em contrário."

A legislação impugnada trata de normas atinentes às condições de segurança (contra incêndios) das edificações da cidade, isto é, sobre matéria própria do Direito Urbanístico.

Cumpre elucidar, nesse contexto, que o Direito Urbanístico é **"o ramo do direito público destinado ao estudo e formulação dos princípios e normas que devem reger os espaços habitáveis, no seu conjunto cidade-campo. (...) As limitações urbanísticas, por sua natureza de ordem pública, destina-se, pois, a regular o uso do solo, as construções e o desenvolvimento urbano, objetivando o melhoramento das condições de vida coletiva, sob o aspecto físico-social. Para isto, o Urbanismo prescreve e impõe normas de salubridade, conforto, segurança, funcionalidade e estética para a cidade e suas adjacências, ordenando desde o traçado urbano, as obras públicas, até as edificações particulares que vão compor o agregado humano."** (Cf. Meirelles, Hely Lopes. "Direito Municipal Brasileiro". 16. ed. São Paulo: Malheiros, p. 525/529) (g.n).

A disciplina jurídica do Direito Urbanístico, por sua vez, foi elencada pela Constituição Federal como matéria cuja competência legislativa é concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal[1].

No que tange ao Município, sobre o assunto, a Constituição Federal reservou-lhe tão somente a possibilidade de "legislar sobre assuntos de interesse local" (artigo 30, inciso I), de "promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano" (artigo 30, inciso VIII); de executar a política de desenvolvimento urbano "conforme diretrizes gerais fixadas em lei" (artigo 182), bem como de "suplementar a legislação federal e a estadual no que couber" (artigo 30, inciso II).

Dessa forma, resta claro, que no âmbito de sua autonomia para regulamentar assuntos de natureza urbanística, o Município não pode dispor de forma contrária às normas federais e estaduais que versem sobre a matéria.

E, ainda, dispôs a Constituição do Estado de São Paulo:

"Artigo 180 – No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão:

(...)

Acesso ao Sumário

1 Art. 24 da CF/88. "Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e **urbanístico**; (...)." (g.n)

II – a participação das respectivas entidades comunitárias no estudo, encaminhamento e solução dos problemas, plano, programas e projetos que lhes sejam concernentes;"

Desta feita, torna-se imprescindível a oitiva da população na tramitação de projetos que versem sobre a legislação urbanística, incluída a de polícia de construções, pois a própria Constituição Federal, em seu artigo 29, inciso XII, assegura, entre os preceitos de observância obrigatória dos Municípios, a "cooperação das associações representativas no planejamento municipal".

Como ensina Diógenes Gasparini, o princípio da participação popular só será observado se **"o Executivo, durante a elaboração do plano diretor, e o Legislativo, durante a tramitação do respectivo projeto de lei pela Câmara de Vereadores, tomarem todas as providências no sentido de marcar, com tempo, as audiências e debates públicos, convocando para eles a população e os segmentos representativos da comunidade, fornecendo-lhes, sempre em tempo, os estudos, desenhos, plantas, documentos e justificativas correspondentes, propiciando, assim, suporte a essas discussões públicas".**[2]

Cumpre ressaltar que o planejamento participativo, a partir da Constituição, não está submetido à vontade dos administradores, mas é requisito obrigatório em todas as fases do processamento do planejamento, em especial dos planos urbanísticos.

A propósito, afirma José dos Santos Carvalho Filho[3], ao comentar o artigo 40, do Estatuto da Cidade:

"O texto legal, ao consignar que os Poderes Executivo e Legislativo garantirão as diversas espécies de participação popular, dispensa-lhes a qualificação de verdadeiras garantias. É, portanto, como garantias de participação popular que devem ser vistas as iniciativas previstas no dispositivo."

Nesse diapasão, *in casu*, não há informação de estudos prévios a recomendar a elaboração do projeto e, se não os há, não se poderia cogitar da participação de entidades comunitárias na sua elaboração, a teor do disposto no artigo 180, inciso II, da Carta Bandeirante.

A propósito, o julgado deste Colendo Órgão Especial:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei do Município de Salto, nº 3.675, de 30 de junho de 2017, que 'Dispõe sobre a regularização de edificações acima da taxa de ocupação permitida ou que ocupem área de recuo obrigatório'. A participação popular a que se referem as normas, é a participação direta, por meio de

Acesso ao Sumário

2 GASPARINI, Diógenes. Temas de direito urbanístico 4. *in* Aspectos jurídicos do plano diretor. São Paulo: Ministério Público/Imprensa Oficial, 2005. p. 85.

3 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 276.

debates, conferências, audiências e consultas públicas, tendo em vista que a matéria tratada pelo direito urbanístico interfere diretamente o cotidiano dos munícipes, não sendo suficiente a participação indireta, consistente na aprovação de leis por meio dos representantes escolhidos pela população. Verifica-se da análise do projeto de lei que resultou na lei ora impugnada que não ocorreram estudos técnicos para a avaliação da viabilidade da proposta, não tendo havido, ainda, nenhum tipo de consulta à população interessada. Ademais, verifica-se que a lei em comento autorizou o Poder Executivo a tratar por meio de Decreto acerca da matéria reservada à lei ao dispor que a regularização das edificações cuja taxa de ocupação seja superior à permitida ou que ocupem área do lote que corresponda a recuo obrigatório, dar-se-á 'mediante contraprestação a ser prestada na forma a ser definida por Decreto'. Desse modo, no caso, o decreto não somente regulamenta a matéria disciplinada pela lei. Trata-se, na hipótese, de lei genérica, que permite a regularização de construções, sem qualquer indicativo, deixando, a pretexto de regulamentação, sua total disciplina ao Executivo por meio de decreto, a quem caberia tão somente a complementação. Violação aos artigos 180, inciso II, e 181, § 1º, da Constituição Estadual. Ação procedente." (ADI nº 2046374-16.2018.8.26.0000, Rel. Des. Alex Zilenovski, j. 29/08/2018).

Noutro bordo, na hipótese, não há falar em modulação de efeitos tendo em vista a liminar concedida a fl. 25/28, que suspendeu a eficácia da norma impugnada, até julgamento final, poucos meses após a sua edição, de maneira que não há razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social a amparar a medida.

Por epítome, conclui-se da inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 2.855, de 07 de março de 2018, do Município de Ribeirão Preto, por afronta aos artigos 144 e 180, inciso II, da Constituição do Estado de São Paulo.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, julgo procedente o pedido, nos termos suso alinhavados.

Acesso ao Sumário

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 9032777-75.2006.8.26.0000/50003, da Comarca de São Paulo, em que é agravante

A.R.S.G.P., é agravado PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO AGRAVO INTERNO, COM DETERMINAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.974)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO e CRISTINA ZUCCHI.

São Paulo, 31 de outubro de 2018.

PEREIRA CALÇAS, Presidente e Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO. Mandado de segurança em fase de cumprimento de sentença. Reintegração de servidora pública demitida ilegalmente. 1. Pedido de alteração da jornada de trabalho. Descabimento. Matéria já analisada em decisões anteriores, contra as quais não foi interposto recurso. Prosseguimento da execução apenas em relação aos efeitos pecuniários da reintegração. 2. Cômputo do período de afastamento como efetivo exercício. Com a anulação da pena demissória, deve a servidora ser reintegrada ao funcionalismo público, computando-se o período de afastamento como tempo de efetivo serviço, para todos os fins. 3. Gratificação de regência. Benefício que deve ser reconhecido aos profissionais da Educação, ainda que inativos, afastados ou readaptados. Precedentes do E. TJSP nesse sentido. 4. Auxílio-alimentação e auxílio-transporte. Verbas de natureza indenizatória que não se justificam no caso em tela, ante a ausência de trabalho efetivamente prestado no período de afastamento. 5. Agravo interno provido em parte.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por *A.R.S.G.P.* (exequente) contra a

decisão monocrática de fls. 1.013/1.015, que rejeitou os embargos de declaração e manteve o acolhimento parcial da impugnação à execução (fls. 879/893).

Afirma-se, em síntese, que: *(i)* embora a *Municipalidade* tenha reintegrado a servidora ao cargo de "Professora Adjunta do Ensino Fundamental I", em cumprimento ao v. acórdão de fls. 297/308 e 316/323 (RMS nº 24.584/SP – STJ), a obrigação de fazer não foi plenamente satisfeita, uma vez que a jornada de trabalho concedida (jornada básica do professor – JB) é diversa daquela implementada até a demissão (jornada especial ampliada – JEA); *(ii)* a executada não providenciou o cômputo do período de afastamento da funcionária (20/04/2006 a 20/05/2010) como tempo de efetivo serviço, tampouco promoveu a anotação dos benefícios e vantagens decorrentes deste interregno; *(iii)* quanto à obrigação pecuniária, a apuração do *quantum debeatur* deve contemplar o período de afastamento (i.e., remuneração que deixou de ser paga em virtude da demissão ilegal) e as diferenças salariais que se somaram após a reintegração, ante o não enquadramento da funcionária na jornada adequada (JEA); *(iv)* o cálculo deve incluir, ainda, os valores de auxílio-alimentação, auxílio-transporte, gratificação de regência e abono complementar não recebidos pela funcionária; *(v)* a decisão agravada tem fundamentação insuficiente (art. 489, § 1º, incisos III e IV, do Código de Processo Civil).

A *Municipalidade de São Paulo* ofertou contraminuta às fls. 1.037/1.046, pugnando pelo não provimento do agravo.

É o Relatório.

O recurso é tempestivo e merece **parcial acolhimento.**

I – Quanto à **reintegração da agravante aos quadros do funcionalismo público**, mostra-se inadmissível, na presente etapa processual, a revisão ou a rediscussão dos critérios adotados pela *Municipalidade de São Paulo* para dar cumprimento ao v. acórdão do C. Superior Tribunal de Justiça (RMS nº 24.584/SP), pelos motivos já expostos na decisão agravada (fls. 1.013/1.015), que ora complemento.

É de se observar, primeiramente, que, antes de sofrer a pena demissória (**20/04/2006**), a agravante exercia o cargo de "Professora Adjunta de Ensino Fundamental I" (art. 13, inciso I, alínea *b*, da Lei nº 11.434/1993 do Município de São Paulo), conforme assinalam os documentos de fls. 23, 57 e 95. Enquanto a servidora esteve submetida à penalidade administrativa, foi sancionada a Lei nº 14.660 de 26 de dezembro de 2007, que **modificou as jornadas de trabalho do magistério e promoveu significativas alterações na carreira**, substituindo algumas classes de cargos (dentre elas, a dos Professores Adjuntos) por novas posições no quadro funcional.

Acesso ao Sumário

Em 09/02/2010, ao julgar o recurso ordinário interposto pela agravante (RMS nº 24.584/SP), o C. STJ anulou a pena de demissão e determinou a

imediata reintegração da servidora ao cargo de origem, **"com o pagamento dos vencimentos e cômputo de tempo para todos os efeitos legais"** (fls. 297/308).

Em cumprimento provisório do r. *decisum*, a *Municipalidade* viabilizou o retorno da agravante ao serviço público, convocando-a para informar seu interesse na manutenção do antigo cargo, nos termos do art. 77, *caput*, da Lei nº 14.660/2007 ("Os atuais ocupantes dos cargos de Professor Adjunto, da Classe I da carreira do Magistério Municipal deverão, no prazo de 90 (noventa) dias a contar da publicação desta lei, manifestar-se, expressamente, pela manutenção do cargo de Professor Adjunto, nas condições da legislação até então vigente para esse cargo").

Em **17/06/2010**, a agravante firmou declaração de próprio punho junto à Coordenadoria dos Núcleos de Ação Educativa (CONAE 2 – Divisão de Recursos Humanos), **optando pela permanência no cargo de "Professora Adjunta de Ensino Fundamental I"** (fls. 653/654), com exercício iniciado em **18/06/2010** (fl. 655).

Após o trânsito em julgado das decisões que negaram seguimento ao recurso da *Municipalidade* (RE nº 638.125/SP – fls. 385/387, 401/410, 423/428 e 430), o resultado obtido pela autora perante o C. STJ se tornou definitivo, e os autos foram devolvidos a este E. TJSP (fl. 432).

Intimada a comprovar o cumprimento do v. acórdão, a *Municipalidade* juntou os documentos de fls. 440/442, 461/472 e 477/481, indicando, em suma, a reintegração da servidora ao cargo ("Professora Adjunta de Ensino Fundamental I") e as anotações no respectivo prontuário. Na sequência, em **29/01/2015**, a exequente informou ter conhecimento das providências tomadas pelo ente público, apresentando a seguinte manifestação: *"Que diante do* ***cumprimento integral da obrigação de fazer****, conforme documentos juntados às fls. 460/472, bem como ciência da impetrante às fls. 470,* ***concorda com a extinção da obrigação de fazer*** *nos moldes do inciso I do artigo 794"* (fl. 487).

Face à inequívoca e categórica anuência da impetrante, **a execução foi extinta**, com fulcro no art. 794, inciso I, do CPC/1973, vigente à época. **Não houve interposição de recurso contra tal decisão** (*v.* certidão cartorária de fl. 491), e os autos foram remetidos ao arquivo.

Embora a questão relativa à reintegração estivesse, assim, definitivamente superada, as partes voltaram a divergir sobre este mesmo ponto, trazendo novas ponderações.

Após alguns meses do trânsito em julgado da decisão de fl. 488 (extinção da obrigação de fazer), a servidora comunicou que a *Municipalidade* descumprira o v. acórdão exequendo, na medida em que, ao proceder à reintegração (17/06/2010), teria efetuado o seu enquadramento na jornada básica do professor (JB), quando, na realidade, o correto seria designá-la para a

Acesso ao Sumário

jornada especial ampliada (JEA), adotada no período anterior à demissão (art. 77, parágrafo único, da Lei Municipal nº 14.660/2007).

Nas petições protocoladas em **07/03/2016** (fls. 577/579 e 587/598), passou a servidora a sustentar, de forma absolutamente inédita no processo, *(i)* que foi vítima de "coação emocional" praticada pelos funcionários da Secretaria de Educação do Município, quando de sua convocação para reintegração ao cargo (**junho de 2010**); *(ii)* que estes funcionários omitiram informações a respeito do procedimento adotado e das consequências legais da opção ofertada (manutenção do antigo cargo); *(iii)* que não foi dada a oportunidade de escolha pela jornada especial ampliada, como prevê a legislação; *(iv)* que o ente público deve pagar, neste feito, as diferenças salariais decorrentes do enquadramento na jornada básica, além de outras verbas remuneratórias.

A *Municipalidade de São Paulo* rechaçou as alegações da impetrante, insistindo na regularidade da reintegração e da jornada de trabalho (fls. 679/680).

Diante do impasse, o então Presidente do Tribunal de Justiça, *Desembargador Paulo Dimas Mascaretti*, decidiu, acertadamente, que este feito só prosseguiria em relação às obrigações pecuniárias advindas do afastamento, e que, caso a impetrante entendesse pela inadequação da jornada ou do respectivo padrão remuneratório, deveria deduzir sua pretensão "**em sede própria**" (fls. 686/687).

As partes não interpuseram recurso contra tal decisão (fl. 689), que transitou em julgado.

Ignorando o pronunciamento da E. Presidência e a natureza preclusiva do sistema processual brasileiro, a impetrante continuou a inserir, nos cálculos do *quantum debeatur*, a diferença entre os vencimentos das jornadas JB e JEA, postulando o seu pagamento nestes autos (fls. 696/753). Estes cálculos foram impugnados pela *Municipalidade* (fls. 879/893) e rejeitados pela E. Presidência, nos termos das decisões de fls. 974/977 e 1.013/1.015, sendo acolhido, ao final, o demonstrativo elaborado pelo DEPRE (fls. 951/953).

Agora, em agravo interno, a impetrante busca reiterar os argumentos já apreciados por esta Corte Estadual, asseverando que a obrigação de reintegrar "no mesmo cargo" não foi cumprida pela *Municipalidade*, dada a disparidade de jornadas.

Não assiste razão, contudo, à agravante.

Como descrito linhas atrás, a servidora foi reintegrada ao magistério municipal na qualidade de "Professora Adjunta de Ensino Fundamental I" (fls. 440/442 e fls. 653/654), **mesmo cargo ocupado antes da demissão** (fls. 23 e 57). Transcorridos cinco anos da reintegração provisória (2010-2015), a impetrante não noticiou qualquer incorreção ou anormalidade nos procedimentos adotados pela executada, tendo, ao contrário, apontado que a obrigação de fazer havia

Acesso ao Sumário

sido **integralmente satisfeita**, em consonância com o decidido pelo STJ (RMS nº 24.584/SP).

Nem se argumente quanto à possibilidade de a colocação funcional ter sido apenas transitória, passível de modificação ao término do processo, pois, quando protocolada a petição de fl. 487 (anuência com a extinção do cumprimento de sentença), o acórdão do C. STJ já havia transitado em julgado, encontrando-se o *writ* em fase de **execução definitiva** (fl. 435).

Por óbvio, não é dado à parte assumir posturas contraditórias no curso do processo, ora aduzindo o cumprimento integral da determinação, ora alegando que a obrigação nunca fora atendida a seu agrado. A proibição do *venire contra factum proprium*, cabe anotar, também se aplica à seara processual (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. 17ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 110-111).

No mais, destaque-se que a decisão agravada, seguindo a linha dos últimos pronunciamentos da E. Presidência, **não afasta o direito da impetrante à eventual readequação de jornada, com cobrança da remuneração correspondente**. O que se salienta às fls. 1.013/1.015 é que tal pretensão não poderá ser perseguida neste feito, ante o conteúdo dos atos processuais anteriores (em especial, a petição de fl. 487, em que a autora informa o cumprimento da obrigação de fazer, e as decisões de fls. 488 e 686/687, contra as quais não foi interposto recurso). Fica assegurado, de todo modo, o direito à postulação "em sede própria" (fl. 686).

Feitas estas considerações, neste ponto, **mantém-se o indeferimento**.

II – O pleito da agravante procede, por outro lado, no que tange à incorporação do período de afastamento como tempo de efetivo serviço.

O v. acórdão exequendo é claro ao consignar que o retorno da servidora aos quadros do magistério deveria ser feito "com [...] **o cômputo de tempo para todos os fins**" (fl. 308).

Todavia, a *Municipalidade* não tem observado tal determinação, tanto que, embora a agravante tenha ingressado no serviço público em **02/07/1997** (fl. 22), o segundo quinquênio somente foi apostilado em **07/09/2013**, conforme descrito às fls. 899/900. Até 18/11/2016, a servidora contava com 15 anos, 2 meses e 12 dias de exercício em seu prontuário (fl. 874), o que, aparentemente, desconsidera o lapso de afastamento (abril de 2006 a junho de 2010).

Ainda que a r. decisão de fls. 974/976 tenha constatado a irregularidade, impondo a anotação do segundo quinquênio a partir de março de 2007, entendo que a determinação deva ser complementada, para garantir à servidora a incorporação do tempo "para todos os fins", com anotação expressa em seus registros funcionais.

III – O recurso também procede em relação à inclusão, no cálculo do

quantum debeatur, dos valores referentes à **gratificação de regência**, instituída pela Lei Municipal nº 14.244/2006.

A gratificação de regência é concedida "aos profissionais de educação integrantes das Classes I e II da carreira do Magistério Municipal, do Quadro do Magistério Municipal, do Quadro dos Profissionais de Educação, visando à melhoria e garantia do padrão de qualidade do ensino [...]" (art. 1º da Lei nº 14.244/2006).

Em que pese a rubrica de "gratificação", o E. TJSP tem decidido, reiteradamente, que este benefício equivale a um **acréscimo de vencimentos "disfarçado"**, na medida em que foi conferido aos professores municipais de forma ampla, sem a previsão de condições especiais válidas. Nesse sentido:

> *GRATIFICAÇÃO DE REGÊNCIA E ABONO COMPLEMENTAR. **Benefícios de caráter geral**, que se estendem aos aposentados, sob pena de afronta ao art. 40, § 8º, da Constituição Federal. Incidência da Lei nº 11.960/09, que modificou a redação do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97. Carência da ação, por falta de interesse de agir, em relação ao pedido de recebimento de Abono Complementar feito pela coautora Nélia Laurino. Recurso parcialmente provido no tocante a esta coautora, reconhecida a sucumbência recíproca. Apelo das demais demandantes provido. (TJSP. Apelação nº 0003631-41.2010.8.26.0053; Relator: Moacir Peres; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público, j. 13/02/2012).*
>
> *PROCESSUAL CIVIL. Litispendência. Fenômeno inocorrente. Preliminar rejeitada. **Servidores Públicos readaptados** – Município de São Paulo – Recebimento de Gratificação Especial para Especialista (GEE) e **Gratificação de Regência** – Admissibilidade – **Vantagens concedidas sem qualquer distinção válida** – Limitação que não se admite – Recurso e reexame necessário desprovidos. (TJSP. Apelação/Remessa Necessária nº 0044684-36.2009.8.26.0053. Relator: Borelli Thomaz; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público, j. 27/03/2013).*
>
> *ADMINISTRATIVO. GRATIFICAÇÃO DE REGÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES ESPECIAIS. 1. **Servidora municipal que pretende a manutenção da gratificação de regência (lei municipal 14.244/2006), suprimida na ocasião de seu afastamento para tratamento de saúde.** 2. A gratificação é concedida mensalmente (art. 2º) aos profissionais de educação (art. 1º). "desde que em efetivo exercício nas unidades educacionais da Secretaria Municipal de Educação que se encontrem em regência de classe". Ausência de condições especiais – **natureza de verdadeiro aumento de vencimentos**. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP. Apelação nº 0472203-46.2010.8.26.0000. Relator: Nogueira Diefenthäler; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público, j. 07/02/2011).*

A título de elucidação, transcrevo, abaixo, trecho do acórdão proferido na Apelação nº 0013360-28.2009.8.26.0053, de relatoria do *Desembargador*

Acesso ao Sumário

Jarbas Gomes:

> *"Com efeito,* ***ao instituir a Gratificação de Regência e o Abono Complementar, a Lei Municipal nº 14.244/06 as atribuiu a todos os profissionais de educação que compõem o Quadro do Magistério Municipal e o Quadro dos Profissionais da Educação, independentemente da realização de trabalho determinado ou em condições especiais, o que evidencia o caráter geral dos benefícios.*** *Em que pese a ressalva da legislação municipal em atribuir referidas gratificações somente aos profissionais 'em efetivo exercício', dado o caráter geral que as revestem, não se mostra razoável excluir referido benefício dos inativos e pensionistas. Isso porque, as gratificações em questão não decorrem da prestação de serviço em local de trabalho específico, ou em virtude de determinada função, constituindo, na verdade, um* ***acréscimo nos vencimentos dos servidores em atividade da Secretaria da Educação****." (TJSP. Apelação nº 0013360-28.2009.8.26.0053. Relator: Jarbas Gomes; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público, j. 18/12/2013).*

Vale destacar, ademais, que a Lei Municipal nº 14.709/2008 majorou a escala de vencimentos dos profissionais da educação e determinou que as gratificações inscritas na norma anterior (Lei nº 14.244/2006) fossem "**absorvidas**" pelos novos padrões remuneratórios (art. 1º, § 1º).

Nesse contexto, a par dos precedentes trazidos *supra* e das genéricas alegações da *Municipalidade*, não vislumbro razão jurídica para negar à impetrante a mesma revalorização salarial.

Quanto ao **abono complementar**, verifico que seu pagamento já havia sido incluído no demonstrativo de débito elaborado pela *Municipalidade* e pelo DEPRE (rubrica 0176), com base nas informações de fls. 899/900. Contudo, face à inserção da gratificação de regência ora deferida, os valores deverão ser recalculados, mês a mês, na forma prevista pelo art. 11 da Lei nº 14.244/2006.[1]

IV – Por fim, sublinho que o cálculo do débito **não** deve contemplar verbas de caráter *propter laborem*, como auxílio-transporte e auxílio-alimentação, nos meses compreendidos pelo período de afastamento (i.e., intervalo entre a demissão ilegal e a reintegração provisória).

Acesso ao Sumário

Ao contrário do que sugere a agravante, o pagamento destes auxílios não decorre da simples anotação do tempo de serviço em prontuário, mas da necessidade de **indenizar** o servidor pelas despesas de deslocamento e refeição, que só se cogitam, obviamente, nos dias de trabalho efetivo (AgRg no Ag nº 1076490/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, j. 19/03/2009; RMS nº 8.899/ES, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, j. 30/06/1999). Se o servidor está afastado de suas funções, seja por ato

1 A gratificação de regência interfere diretamente no valor do abono complementar. É o que se deduz da fórmula "AC = LF (PV + G)", trazida pela Lei nº 14.244/2006, em que "AC" representa o abono, e "G" equivale à gratificação.

voluntário ou circunstâncias adversas, o pagamento destas verbas é indevido, justamente porque não há despesa a ser indenizada.

Confira-se, a respeito, a jurisprudência do E. TJSP:

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO. ***Servidor Público. Reintegração no cargo.*** *Condenação do Município ao pagamento das verbas correspondentes ao tempo que o servidor ficou afastado. R. sentença que julgou improcedentes aos embargos à execução, homologando os cálculos apresentados pelo credor. Parcial reforma que se impõe. 1. Contribuição previdenciária e imposto de renda. Descontos a serem realizados quando do efetivo pagamento, com fulcro no artigo 46 da Lei nº 8.541, de 23 de dezembro de 1992. Precedentes da E. Corte Paulista. 2.* ***Auxílio alimentação ou "valeticket". Verba de natureza 'propter laborem', paga ao servidor que não esteja afastado ou licenciado ou não faltar ao trabalho, de forma proporcional aos dias trabalhados no mês. Dependência de circunstância casual, qual seja, o desempenho efetivo do trabalho, pelo que descabida a condenação ao pagamento de tal verba ao servidor-apelado enquanto afastado do exercício da função. Verba, aliás, declarada de natureza indenizatória pelo E. STJ, não devida aos inativos ou aos que, por alguma razão, não trabalharam.*** *3. Correção monetária e juros. Lei n.º 11.960/09. Superveniência de declaração de inconstitucionalidade por arrastamento do seu art. 5.º, ocasião em que definida sua invalidade. Correção monetária efetuada com base na Tabela Prática dos Débitos Judiciais desta Corte, e juros moratórios com fulcro art. 1.º-F, da Lei n.º 9.494/97, não vigendo a redação dada pela Lei n.º 11.960/09, ou seja, à ordem de 6% ao ano. Sentença parcialmente reformada. Provimento em parte dos recursos oficial e voluntário. (TJSP. Apelação nº 1000255-40.2016.8.26.0596. Relator: Oswaldo Luiz Palu. Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público, j. 14/06/2017).*

V – Isto posto, pelo meu voto, **dou parcial provimento** ao agravo interno de fls. 1.018/1.034, para reformar a decisão agravada nos moldes da fundamentação *retro*.

Por consequência, **determina-se** que a *Municipalidade*, no prazo de 15 (quinze) dias:

a) Providencie o cômputo do período de afastamento da agravante (intervalo entre a demissão ilegal e a reintegração provisória) como tempo de efetivo serviço, para todos os fins, comprovando as anotações no registro funcional e a expedição de Portarias, se for o caso.

b) Esclareça, especificamente, quais verbas ou rubricas relacionadas ao tempo de serviço (quinquênios, promoções, evoluções etc.) já foram integradas aos vencimentos da agravante e quais devem, a partir do disposto no item "a", serem apostiladas, providenciando desde logo a sua implementação.

Acesso ao Sumário

c) Elabore **novo demonstrativo de débito**, em substituição àquele acolhido às fls. 974/976, levando em consideração:

(**c.1**) a inclusão das verbas ou rubricas mencionadas no item "b", adquiridas antes ou depois da reintegração provisória;

(**c.2**) a inclusão da gratificação de regência prevista pela Lei nº 14.244/2006, com sua posterior integração ao padrão de vencimento, nos termos da Lei nº 14.709/2008;

(**c.3**) o recálculo do abono complementar, atentando-se para o valor da gratificação de regência (art. 11 da Lei nº 14.244/2006);

(**c.4**) a aplicação dos índices de correção monetária fixados pela r. decisão de fls. 974/976 (que, nesse ponto, não foi objeto de recurso);

(**c.5**) a **não** inclusão de diferenças salariais decorrentes da jornada especial ampliada – JEA (ou de qualquer jornada de trabalho não anotada, atualmente, nos registros funcionais da servidora);

(**c.6**) a **não** inclusão de valores pertinentes a auxílio-alimentação e auxílio-transporte no período de afastamento (interregno entre a demissão ilegal e a reintegração provisória).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2170263-07.2018.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SINDICATO DAS EMPRESAS DE TRANSPORTES DE PASSAGEIROS DA REGIÃO METROPOLITANA DE SÃO PAULO – SETMETRO, é agravado PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE FERRAZ DE VASCONCELOS.

ACORDAM, em Órgão Especial 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 31388)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), ARTUR MARQUES, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI e ELCIO TRUJILLO.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 28 de novembro de 2018.
CRISTINA ZUCCHI, Relator

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO QUE INDEFERIU MEDIDA LIMINAR NOS AUTOS DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS AUTORIZADORES DA MEDIDA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA ANTE A AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS APTOS A MODIFICAR A CONVICÇÃO E O PRUDENTE ARBÍTRIO DA RELATORA DIANTE DO CONJUNTO PROBATÓRIO.

Agravo improvido.

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que indeferiu medida liminar nos autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo ora Agravante, tendo como objeto a declaração de inconstitucionalidade do art. 25-A da Lei Complementar Municipal nº 322/2017 e da integralidade da Lei Municipal nº 3.342/2018, ambas do Município de Ferraz de Vasconcelos, os quais dispõem sobre a criação do Conselho Municipal de Transportes (CMT).

O agravante reitera os argumentos trazidos na inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade, ou seja, de que: I) o projeto de lei nº 02/2017, de iniciativa do Poder Executivo, que deu origem à Lei Complementar nº 322/2017 ("autoriza a concessão do serviço de transporte público coletivo de passageiros na Cidade de Ferraz de Vasconcelos, e dispõe sobre a organização que especifica") não previa a criação de qualquer órgão, com o que se conclui que o Sr. Prefeito não julgou conveniente ou oportuna tal medida; II) a criação do Conselho Municipal de Transportes (CMT) se deu por emenda aditiva (art. 25-A) do Poder Legislativo, acrescentando ao Projeto de Lei nº 02/2017 a imposição de que o Chefe do Executivo deveria criar referido Conselho. Ou seja, impôs obrigação ao Executivo do que deveria ter sido de iniciativa deste; III) em função da determinação contida no art. 25-A, o Prefeito, sob pressão, apresentou ao Legislativo o Projeto de Lei 48/2018, visando a criação do CMT, o qual foi alterado pelo Legislativo quase em sua integralidade, através de PL substitutivo, dando origem à Lei Municipal nº 3.342/2018. Afirma que Projeto de Lei substitutivo não é considerado emenda pelo Regimento Interno da Câmara de Vereadores de Ferraz de Vasconcelos, pois cria um novo diploma. Pretende a reforma da r. decisão recorrida, sob o argumento de que algumas questões

deixaram de ser apreciadas: 1) no que tange ao *fumus boni juris*, tais como: a) o fato de que a Emenda Aditiva apresentada e aprovada pelo Legislativo, que determinou a criação do CMT, teria imposto a criação de um órgão, matéria sobre a qual apenas o Chefe do Poder Executivo pode tratar, em ofensa aos arts. 5º, 24, § 2º, item 2, art. 47, incisos II e XVIII e art. 144 da Constituição Estadual; b) o fato de que a Emenda Aditiva teria como consequência a criação de despesas para criar e gerenciar o CMT, o que implicaria o gasto de recursos do Erário, com ofensa ao art. 24, § 5º, item I, da Constituição Estadual; c) o texto final da Lei Municipal nº 3.342/2018, que criou o CMT, não corresponde àquele apresentado pelo Chefe do Poder Executivo, mas sim àquele disposto em substitutivo apresentado pelo Legislativo, de forma que é seguro afirmar que, na prática, a iniciativa da lei coube ao Legislativo, bem como a criação do CMT, em nova violação aos arts. 5º, 24, § 2º, item 2, 47, incisos II e XVIII e 144 da Constituição Estadual; d) o texto final da Lei Municipal nº 3.342/2018 ampliou e modificou os poderes inicialmente atribuídos pelo Sr. Prefeito (dentre outras alterações), inclusive criando alguns poderes que extrapolam o sistema de pesos e contrapesos previstos constitucionalmente, ofendendo os arts. 32, 33 e 47, II da Constituição Estadual; e e) não se previu no texto final a fonte de custeio para a criação e gestão do CMT, de forma que restou violado o Art. 25 da Constituição Estadual; 2) no que tange ao *periculum in mora*, o fato de que se está na iminência de criação de um Conselho altamente intrusivo no transporte municipal, cujas funções assemelham-se àquelas de um tribunal de contas e de uma autarquia.

Contraminuta às fls. 37/38, pleiteando o julgamento de improcedência do agravo.

É o relatório.

Com efeito, busca-se nos autos principais a declaração de inconstitucionalidade do art. 25-A da Lei Complementar Municipal nº 322/2017 e da integralidade da Lei Municipal nº 3.342/2018, ambas do Município de Ferraz de Vasconcelos, os quais dispõem sobre a criação do Conselho Municipal de Transportes (CMT).

Em que pese o esforço e a combatividade do agravante, entendo que a decisão que indeferiu a liminar deve ser mantida, pois foi concedida dentro do juízo de cognição sumária desta relatora, levando-se em conta seu prudente arbítrio e livre convencimento com relação aos elementos de convicção presentes nos autos.

De outro lado, diversamente do sustentado pelo agravante, não se deixou de analisar as questões postas nos autos, tendo esta Relatoria, ao fundamentar o indeferimento da liminar, se pronunciado expressamente quanto às razões, em sede de cognição sumária, repita-se, da não verificação dos requisitos legais

para o deferimento da liminar.

Constou da decisão ora agravada: *"In casu, numa apreciação inicial, entendo não verificado o fumus boni iuris na relevância da fundamentação atinente à superação dos limites do poder de emenda parlamentar na hipótese concreta, quanto ao art. 25-A da Lei Complementar nº 322/2017, eis que, aparentemente, a emenda guarda relação de pertinência temática, harmonia e simetria com a proposta inicial1. Também não vislumbro o periculum in mora, isto porque a Lei que cria o Conselho Municipal de Transportes (Lei 3342/2018) é de iniciativa do próprio Poder Executivo, a quem cabe avaliar os reflexos impactantes no orçamento municipal antes de propor referida Lei, nos termos do art. 25 da CE, a não se verificar, portanto, irregular aumento de despesa ao erário. Por fim, inviável exame minucioso, dentro dos estreitos limites deste juízo de cognição sumária, da alegação de inconstitucionalidade material da Lei 3342/2018, devendo toda a questão ser analisada com mais acuidade pela Turma Julgadora."*

Ademais, os argumentos deduzidos pelo agravante se traduzem em valoração do mérito da ação principal.

Enfim, à mingua de comprovação do desacerto da r. decisão agravada e justificadas as razões do indeferimento da liminar, estas restam mantidas por seus próprios e jurídicos fundamentos, sem prejuízo, evidentemente, do que o C. Órgão Especial vier a decidir em julgamento final, quando haverá o aprofundamento no exame das razões recursais de mérito trazidas à baila.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

Arguições de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0037996-08.2018.8.26.0000, da Comarca de Poá, em que é suscitante 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM A ARGUIÇÃO, COM DETERMINAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.527)**

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, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, 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 e PÉRICLES PIZA.

São Paulo, 7 de novembro de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Progressão de vigias a guardas patrimoniais e, posteriormente, ao cargo de guarda civil. Art. 11, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 3.260, de 22 de novembro de 2007. Violação à regra do concurso público. Inadmissibilidade. Súmula Vinculante nº 43. Ofensa aos arts. 111 e 115 da Constituição do Estado de São Paulo. Precedentes.

Arguição acolhida.

VOTO

1. Trata-se de **arguição de inconstitucionalidade** do **art. 11**, **caput e parágrafo único**, da **Lei nº 3.260**, de 22 de novembro de 2007, de Poá, que transformou vigias em guardas patrimoniais e, posteriormente, em guardas civis municipais (fls. 33/36), suscitada pela **Eg. 8ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça**.

A **Eg. Câmara** suscitante, com fulcro no art. 97 da CF e Súmula Vinculante nº 10 do STF, determinou a remessa dos autos a este **C. Órgão Especial** para análise da constitucionalidade da referida norma (fls. 733/746).

A Douta Procuradoria opinou pelo acolhimento da arguição (fls. 759/767).

É o relatório.

2. Acolho a arguição.

De proêmio, nada interfere revogação da Lei nº 3.260/07 (fls. 33/36), no julgamento da presente arguição de inconstitucionalidade.

É certo que, em se tratando de **ação direta de inconstitucionalidade**, a revogação da lei impugnada acarreta, em regra, a superveniente perda do objeto da ação, como aqui se tem reiteradamente decidido (ADIn nº 2.103.958-75.2017.8.26.0000 – v.u. j. de 20.09.17 – Rel. Des. **FERRAZ DE ARRUDA**;

ADIn nº 2.112.514-66.2017.8.26.0000 – v.u. j. de 04.10.17 – Rel. Des. **SÉRGIO RUI**; ADIn nº 2.128.710-14.2017.8.26.0000 – v.u. j. de 08.11.17 – Rel. Des. **ANTONIO CARLOS MALHEIROS**; ADIn nº 2.064.270-09.2017.8.26.0000 – v.u. j. de 08.11.17 – Rel. Des. **PÉRICLES PIZA**, dentre inúmeros outros arestos).

Contudo, **diferente** é o caso da **arguição de inconstitucionalidade**.

Lecionam **GILMAR FERREIRA MENDES** e **PAULO GUSTAVO GONET BRANCO**:

> *"O controle de constitucionalidade concreto ou incidental, tal como desenvolvido no direito brasileiro, é exercido por qualquer órgão judicial, no curso de processo de sua competência. A decisão, que não é feita sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ou julgamento do mérito, tem o condão, apenas, de afastar a incidência da norma viciada."*. ("Curso de Direito Constitucional" – 2017 – 12ª Ed. – pp. 1206/1207).

Como se vê, o controle incidental de inconstitucionalidade **não** tem por objetivo a retirada de uma norma do ordenamento jurídico, mas o seu **afastamento** em um **caso concreto**.

Vale ressaltar que a norma questionada, quando vigente, produziu normalmente os efeitos questionados na **ação civil pública** originária (fls. 01/16). Daí porque, a despeito de sua posterior revogação, **subsiste** a necessidade de pronunciamento deste **Eg. Órgão Especial** acerca da questão constitucional, de modo a balizar o julgamento do caso concreto pela **C. 8ª Câmara de Direito Público**.

Nesse sentido já se pronunciou este **Eg. Órgão Especial** a respeito da matéria:

> *"**Arguição de Inconstitucionalidade. (1) Lei revogada. Revogação que torna prejudicado o exame da constitucionalidade por meio de ação, mas não por arguição, eis que essa não se destina a eliminar a norma do mundo jurídico, mas a balizar o julgamento de um caso concreto suspenso no aguardo daquele exame incidental. Órgão fracionário que nem de lei revogada poderia proclamar a inconstitucionalidade.** (2) Lei municipal de iniciativa parlamentar que dispôs sobre vantagens de servidor público e instituiu despesa sem fonte de custeio. Inconstitucionalidade reconhecida. Artigos 24, § 2º inciso IV, e 25 da Constituição paulista. Arguição de inconstitucionalidade conhecida e acolhida."*
>
> (...)
>
> *"Ora, é realmente entendimento corrente que a revogação da lei torna prejudicado o exame judicial da sua constitucionalidade."*

"Mas isso se dá quanto ao exame por via de ação."

"E assim é porque a revogação concretiza, em si, a própria função da ação direta de inconstitucionalidade, que é eliminar do mundo jurídico a norma impugnada."

"Nem a particularidade de a lei ter produzido efeitos concretos até ser revogada justifica o exame superveniente por aquela via, eis que a ação direta não se presta à resolução de situações particulares."

(...)

*"**A situação é diferente, porém, na hipótese de inconstitucionalidade apontada por meio de arguição incidental (art. 480 do CPC).**"*

*"**Isto porque o exame que essa via propicia não se destina a eliminar a norma do mundo jurídico, como se dá com a ação direta de inconstitucionalidade, mas a balizar o julgamento de um caso concreto que está suspenso no aguardo daquele exame incidental.**"*

"Lembre-se que nem lei revogada o órgão fracionário do tribunal pode ele mesmo declarar inconstitucional, eis que o artigo 97 da Constituição da República não contém ressalva nesse sentido."

"Não por outro motivo o Supremo Tribunal Federal tem enfatizado que, naquelas situações, 'caso o Tribunal de origem entenda que a legislação aplicável à época, ainda que posteriormente alterada, deva ser afastada ante a sua inconstitucionalidade, deve fazê-lo mediante decisão do órgão especial ou tribunal pleno, nos termos do art. 97 da CF.' *(Ag. RE nº 641.450-SE, rel. Min. Gilmar Mendes, 19/6/2012)."*

"Ora, se o órgão fracionário não pode ele mesmo pronunciar a inconstitucionalidade da lei revogada supervenientemente aos fatos versados nos autos, então remanesce a utilidade da arguição apresentada ao tribunal pleno ou seu órgão especial."

"A presente arguição, por isso, é conhecida." (grifei – ArIn nº 0.207.327-61.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 12.03.14 – Rel. Des. **ARANTES THEODORO**).

"ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 1.295, de 27 de setembro de 1995, do Município de Brodowski. Servidor Público. Cargo em comissão. Remuneração. Gratificação. Trabalho extraordinário. Percentual aleatório. Preliminar. ***Embora revogada pela Lei Complementar nº 237, de 27 de maio de 2015, a Lei nº 1.295/95 gerou efeitos jurídicos enquanto vigia. Sendo a questão da inconstitucionalidade relevante para o deslinde do mérito da ação civil pública, não se pode dizer que houve perda superveniente do objeto****. Mérito. A instituição de gratificação pecuniária não é um simples meio de aumentar os vencimentos dos servidores públicos. Além de descrever*

Acesso ao Sumário

o fato que gera o direito a seu recebimento, deverá ser pautada pela fixação de critérios idôneos para sua concessão e ter nexo com a atividade desenvolvida. A atividade desempenhada pelo titular do cargo em comissão pressupõe a prestação de serviço em jornada diferenciada de trabalho. Sua remuneração já abrange todos os encargos e responsabilidades possíveis. Por outro lado, os percentuais da gratificação variam até 50 e podem ser fixados discricionariamente pelo Chefe do Executivo, movido por critérios puramente subjetivos, o que por si só é inaceitável do ponto vista racional, pois servidores que se encontram na mesma situação jurídica podem receber, por mera liberalidade do prefeito, a vantagem em grau máximo, enquanto que um seu colega sequer a receba ou a receba em percentual menor, por mero capricho ou perseguição. Violação aos princípios da razoabilidade, moralidade e interesse público, arts. 111, 128 e 144, da CE/89. Arguição procedente." (grifei - ArIn nº 0.040.088-90.2017.8.26.0000 v.u. j. de 22.11.17 Rel. Des. **CARLOS BUENO**).

Confira-se, ainda, ArIn nº 0.040.459-54.2017.8.26.0000 – v.u. j. de 11.04.18, de que fui Relator.

Em suma, **subsiste** o interesse em examinar a questão constitucional.

Ultrapassado o ponto, trata-se de **ação civil pública** (fls. 01/16) questionando a ascensão funcional de 60 vigias à carreira de guarda civil municipal no Município de Poá, conforme relação fornecida pela Prefeitura Municipal (fls. 122/125 e 548/551), situação viabilizada pelo **art. 11, caput e parágrafo único**, da **Lei nº 3.260**, de 22 de novembro de 2007.

Assim dispõe a norma impugnada (fl. 36):

"Art. 11 – As atuais funções de Vigia – Ref. E-01 do Quadro de Servidores da Prefeitura passam a denominar-se Guarda Patrimonial – Ref. E-05, obrigando-se os atuais ocupantes a submeterem ao curso de reciclagem de que trata a alínea c, do item II, do artigo 8º, desta Lei."

"Parágrafo único – os Guardas Patrimoniais que atenderem aos requisitos para Guarda Civil Municipal, exceção feita ao limite de idade, estarão dispensados do exame escrito, devendo continuar nas demais fases do Processo Seletivo de Acesso que são eliminatórias, cursando caso aprovados a escola de formação, sendo também necessária a sua aprovação em tal etapa, para exercer a função de Guarda Civil Municipal."

Pois bem.

É exigência constitucional o prévio **concurso público** para o preenchimento de cargos públicos.

Cargo público, segundo ensina **MARÇAL JUSTEN FILHO**:

"... é uma posição jurídica, utilizada como instrumento de

Acesso ao Sumário

organização da estrutura administrativa, criada e disciplinada por lei, sujeita a regime jurídico de direito público peculiar, caracterizado por mutabilidade por determinação unilateral do Estado e por certas garantias em prol do titular." ("Curso de Direito Administrativo" – Ed. Revista dos Tribunais – 9ª ed. – p. 906).

A regra a ser observada é a da investidura em cargo público mediante **concurso público** – arts. 37, II, da CF e 115, II, da CE.

Com efeito, preceitua o **art. 37, *caput* e inciso II da Constituição Federal**:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, e eficiência e, também, ao seguinte:"

(...)

"II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;"

E a **Constituição Estadual de São Paulo**,

"Art. 111 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.

"Art. 115 – Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:"

(...)

"II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão, declarado em lei, de livre nomeação ou exoneração;"

Acesso ao Sumário

Inadmissível, portanto, a mutação de cargo para beneficiar servidor não submetido a **concurso público específico**, situação que afronta regra constitucional.

Nesse sentido, é o verbete da Súmula Vinculante nº 43 da **Suprema Corte**: *"É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em **concurso público destinado ao seu provimento**, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente*

investido." (grifei)

Destarte, à luz do entendimento do **Pretório Excelso**:

"É por tal razão que esta Suprema Corte – ante o caráter impostergável desse princípio, que faz realizar, em projeção concretizadora, a exigência da isonomia (ADILSON ABREU DALLARI, 'Regime Constitucional dos Servidores Públicos', p. 37, 2ª ed., 1990, RT) – ***tem censurado a validade constitucional de normas que autorizam, permitem ou viabilizam, independentemente de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, o ingresso originário no serviço estatal ou o provimento em cargos ou em funções diversos daqueles para os quais o servidor público foi admitido***."

"Em consequência dessa rígida interpretação jurisdicional – em tudo compatível com a importância ético-jurídica do postulado do concurso público –, o Supremo Tribunal Federal tem vetado, em julgamento definitivo ou em sede de delibação cautelar, a aplicabilidade de preceitos normativos que, desconsiderando a essencialidade do princípio em questão, ***objetivam viabilizar a investidura funcional de servidores, mediante utilização de institutos reputados inconciliáveis com a incontornável exigência constitucional do concurso público***."

"Em todos esses casos – e qualquer que seja o 'nomen juris' adotado –, a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, tendo presente a necessidade de preservar a incolumidade do princípio do concurso público, tem repelido a utilização dos institutos (a) da ascensão (ADI 1.345/ES, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI), (b) ***da transferência e/ou transformação de cargos*** *(RTJ 152/341, Rel. Min. CELSO DE MELLO), (c) da integração funcional (RTJ 158/69, Rel. Min. CELSO DE MELLO), (d)* ***da transposição de cargo*** *(RTJ 133/1049, Rel. Min. CÉLIO BORJA), (e) da efetivação extraordinária no cargo (RTJ 132/1072, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE), (f) do acesso e aproveitamento (RTJ 144/24, Rel. Min. MOREIRA ALVES, v.g.)."*

"Isso significa, portanto, que a pretensão recursal ora deduzida revela-se inacolhível, considerada a diretriz jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal consagrou na apreciação do tema em debate: (...)"

"Não foi por outro motivo que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar proposta de súmula vinculante consubstanciadora desse entendimento (PSV 102), veio a aprová-la, editando a Súmula Vinculante nº 43, publicada no DOU e no DJe nº 72, ambos de 17/04/2015, cujo enunciado possui o seguinte conteúdo: 'É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem

Acesso ao Sumário

prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.' (grifei)"

"É importante observar que esse enunciado sumular, hoje constitucionalmente impregnado de eficácia vinculante (CF, art. 103-A, 'caput'), resultou de antiga e consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como já referido na presente decisão, anteriormente consagrada na Súmula 685/STF."

"Não se revela possível, portanto, que, mediante simples opção, possa o empregado público sob regime contratual trabalhista passar à condição jurídico-administrativa de servidor estatutário, sem que se desatenda, com esse procedimento, à imposição constitucional do concurso público."

"Por isso mesmo, esta Suprema Corte, no regime constitucional anterior – em que se revestia de menor intensidade o princípio do concurso público –, já proclamava que 'O aproveitamento em cargos públicos, sem concurso, de atuais ocupantes de outros cargos públicos, colide com a exigência do art. 97, § 1º, da Constituição Federal' (RTJ 124/443)."

"Do mesmo modo, e em face do postulado do concurso público, mostram-se revestidas de inconstitucionalidade normas que autorizam a transformação de empregos celetistas em cargos integrantes do quadro funcional da Administração Direta." (grifei – RE nº 933.207/SP – DJe de 31.01.17 – Rel. Min. **CELSO DE MELLO**).

No caso concreto, verifica-se não ter ocorrido mera modificação nominal de cargo ou reclassificação, mas efetiva transformação de empregos em cargos, com exigências de preenchimento e atribuições distintas.

Como se extrai de editais de concursos (fls. 581/657), os vigias foram contratados no regime da Consolidação das Leis do Trabalho (fl. 581, 582, 601, 607, 618 e 627), e dos candidatos foi exigido: conclusão da 4ª série do 1º grau ou equivalente (fl. 584 – Edital nº 01/97 – fls. 582/588); ou ser alfabetizado (fl. 602 – Edital nº 04/89 – fls. 601/605; fl. 608 – Edital nº 01/91 – fls. 607/611; fls. 620 – Edital nº 05/93 – fls. 618/622); ou possuir ensino fundamental completo (fl. 626 – Edital nº 01/06 – fls. 623/657).

Acesso ao Sumário

No concurso de 2006, constam como atribuições dos vigias (fl. 644): *"executa serviços de vigilância, segurança e recepção dos bens públicos municipais, baseando-se em regras de conduta pré-determinadas, para assegurar a ordem do prédio e a segurança local e executa outras tarefas correlatas determinadas pelo superior imediato"*.

Diversamente, o cargo de **guarda civil municipal** foi criado como de

provimento efetivo (art. 1º, da Lei nº 3.722/14 – fls. 42/60), com requisito de ensino médio completo (Anexo IV, da Lei nº 3.722/14 – fl. 53) e apresenta descrição sumária de funções mais ampla: "*executar serviços de vigilância, segurança e recepção dos bens públicos municipais, baseando-se em regras de conduta pré-determinadas, para assegurar a ordem do prédio e a segurança local, além de atividades de supervisão e instrução do efetivo*" (Anexo IV, da Lei nº 3.722/14 – fl. 53).

Daí concluir pelo vício na transformação operada, diante da inobservância à regra do concurso público.

Não destoa o parecer da D. Procuradoria (fls. 759/767):

"Na espécie, houve a alteração das referências salariais, além de não existir parâmetro para verificação da identidade de atribuições (fls. 553 e 558), em razão da inexistência de lei municipal que as tenha fixado em relação aos empregos de 'Vigias' ou 'Guardas Patrimoniais'. Tais aspectos demonstram a violação ao postulado do concurso público. De se destacar, inclusive, que para o cargo de vigia se exigia conclusão do ensino regular (fl. 581/596), ao passo que para a Guarda Municipal a exigência é de conclusão do ensino médio (fl. 238 e segts)."

Como reiteradamente julgado neste **C. Órgão Especial**:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Complementar 87, de 03 de abril de 2014, do Município de Marabá Paulista, que dispõe sobre a alteração da denominação de cargos de Auxiliar de Escriturário, constante do Anexo III, da Lei 990, de 09.02.2000. Transposição de cargos públicos. Inconstitucionalidade reconhecida. Violação aos artigos 111 e 115, inciso II, ambos da Constituição Estadual de São Paulo. (...) ***Verifica-se, pois, que ao cargo de Auxiliar de Escriturário compete a execução de tarefas simples e de pouca complexidade, enquanto ao cargo de Escriturário atribui-se a execução de serviços gerais de escritório, tratando-se visivelmente de cargos distintos com atribuições diversas****. Diante disso, não era possível novo provimento dos servidores do quadro municipal, com a* ***mera alteração de nomenclatura e remuneração do cargo de Auxiliar de Escriturário para o de Escriturário por meio de lei complementar, sem a realização de concurso público*** *para provimento no novo cargo, com diversas atribuições. Ação Procedente, ressalvada a irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé até a data da concessão da liminar, diante da natureza alimentar dessa verba."* (grifei – ADIn nº 2.203.295-37.2017.8.26.0000 – v.u. j. de 28.02.18 – Rel. Des. **ALEX *ZILENOVSKI***).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigo 27, caput, incisos I, II E III e parágrafos 1º e 2º da Lei Municipal nº

6.718, de 29 de julho de 2010 – ***autorização de enquadramento de servidor público em cargo ou emprego distinto daquele para o qual foi aprovado*** *– afronta à exigência constitucional de realização de concurso público – violação aos artigos 111 e 115, I e II da Constituição Estadual – precedentes do STF e deste. Órgão especial – inconstitucionalidade revelada – ação julgada procedente com efeito 'ex tunc', observada, porém a irrepetibilidade das verbas de natureza alimentar já pagas."* (grifei – ADIn nº 2.236.926-06.2016.8.26.0000 – v.u. j. de 07.06.17 – Rel. Des. **JOÃO NEGRINI FILHO**).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Artigo 16 da Lei Complementar nº 138/2014, do Município de Olímpia. ***Enquadramento do servidor municipal em cargos resultantes de reestruturação. Transposição de cargos, violando a regra do concurso público.*** *Afronta aos arts 111 e 115, II, da Carta Estadual e a Súmula Vinculante nº 43 da Corte Suprema. Precedentes do C. Órgão especial. Ação procedente, com modulação e observação."* (grifei – ADIn nº 2.190.059-52.2016.8.26.0000 – v.u. j. de 22.03.17 – Rel. Des. **XAVIER DE AQUINO**).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Art. 7º e Anexo IX da Lei Complementar nº 1.098/2010, do Município de Ribeirão Corrente – ***Transformação do cargo de Auxiliar de Desenvolvimento Infantil em Professor de Creche – Transposição configurada*** *– Afronta à exigência constitucional de realização de concurso público – Precedentes do E. STF e deste C. Órgão Especial – Ação julgada procedente, com modulação dos efeitos, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99 –* ***Deve ser julgada procedente direta de inconstitucionalidade que tem como objeto dispositivo de lei que institui verdadeira transformação de cargos de provimento efetivo.*** *"* (grifei – ADIn nº 2.071.923-04.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 26.03.14 – Rel. Des. **LUIS GANZERLA**).

Evidenciada a **incompatibilidade** do **art. 11, caput e parágrafo único**, da Lei nº 3.260/07, do Município de Poá, com preceitos constitucionais. Restaram violados os arts. 111; 115, incisos I, II, da **Constituição do Estado de São Paulo**.

Daí o **acolhimento** da arguição para declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do **art. 11, caput e parágrafo único da Lei Municipal nº 3.260/07**, do Município de Poá, devolvendo-se os autos à Câmara de origem para prosseguimento do julgamento.

Mais não é preciso acrescentar.

3. Arguição acolhida, com determinação.

Acesso ao Sumário

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0037494-69.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 2ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 5ª 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 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. ÁLVARO PASSOS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.814)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, 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 e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 31 de outubro de 2018.

RENATO SARTORELLI, Relator

Ementa: "CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE DE IMÓVEL PERTENCENTE À COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO (CDHU) – OCUPAÇÃO IRREGULAR DE IMÓVEL DESTINADO A PROGRAMA HABITACIONAL DO GOVERNO DO ESTADO PARA MORADIA DA POPULAÇÃO DE BAIXA RENDA – NATUREZA JURÍDICA DE BEM PÚBLICO – COMPETÊNCIA QUE SE FIRMA PELOS TERMOS DO PEDIDO INICIAL (ART. 103 DO RITJSP) – MATÉRIA AFETA A UMA DAS CÂMARAS DA SEÇÃO DE

Acesso ao Sumário

DIREITO PÚBLICO – ARTIGO 3º, INCISO I, ITEM I.11, DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013 DO C. ÓRGÃO ESPECIAL – PRECEDENTES – CONFLITO PROCEDENTE, RECONHECIDA A COMPETÊNCIA DA CÂMARA SUSCITADA".

"No âmbito do Eg. Tribunal de Justiça, a competência recursal se firma pelo critério *ratione materiae*, sendo irrelevante a qualidade da parte (*ratione personae*)".

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela C. 2ª Câmara da Seção de Direito Privado em face da C. 5ª Câmara da Seção de Direito Público deste Tribunal, nos autos da Apelação nº 0011720-26.2012.8.26.0007, interposta em ação de reintegração de posse ajuizada pela Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo *(CDHU)* em desfavor de Eidna Marinho de Jesus.

A C. 5ª Câmara de Direito Público, por acórdão da relatoria do Desembargador Fermino Magnani Filho, não conheceu do recurso determinando a remessa dos autos a uma das Câmaras da Seção de Direito Privado sob o pretexto de que a demanda não foi direcionada contra a Fazenda ou ente assemelhado, inexistindo notícia de intervenção de pessoa jurídica de direito público para os fins dos artigos 114, 119, 682, 125 e 130, do Código de Processo Civil, sendo a apelada sociedade de economia mista sujeita ao regime jurídico próprio das empresas privadas. Enfatizando, no mais, que as partes não questionam a validade ou a eficácia de ato ou contrato típico de direito administrativo ou qualquer outro tema correlato à competência das Câmaras da Seção de Direito Público invoca, em seu prol, o enunciado da Súmula nº 73 deste Tribunal de Justiça *(fls. 272/277)*.

Por sua vez, a C. 2ª Câmara de Direito Privado, em acórdão da lavra do Desembargador José Carlos Ferreira Alves, discordando desse entendimento, aduziu que a hipótese dos autos envolve bem público, relacionado à politica habitacional destinada a pessoas de baixa renda, incumbindo às Câmaras da Seção de Direito Público o julgamento do recurso, nos termos do artigo 3º, inciso I, item I.11, da Resolução nº 623/2013 *(cf. fls. 285/289)*.

Parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça pela procedência do conflito, reconhecida a competência da C. Câmara suscitada *(fls. 297/305)*.

É o relatório.

Assiste razão à Câmara suscitante.

Cuida-se de ação de reintegração de posse movida pela Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – *CDHU*,

Acesso ao Sumário

sociedade de economia mista responsável pela construção e financiamento de moradias populares voltadas a pessoas de baixa renda, objetivando a desocupação de unidade habitacional objeto de ocupação irregular.

Infere-se da exordial que a requerente, CDHU, apesar dos esforços empreendidos para a desocupação voluntária do imóvel, mediante notificação extrajudicial, não obteve sucesso, o que a obrigou ao ajuizamento de demanda reintegratória para reaver a posse do bem de sua propriedade.

Na lição de Hely Lopes Meireles, *"quanto aos bens das empresas estatais (empresas públicas, sociedades de economia mista), entendemos que são, também,* ***bens públicos com destinação especial*** *e administração particular das instituições a que foram transferidos para consecução dos fins estatutários. A origem e a natureza total ou predominante desses bens continuam públicas; sua destinação é de interesse público; apenas sua administração é confiada a uma entidade de personalidade privada, que os utilizará na forma da lei instituidora e do estatuto regedor da instituição" (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 33ª edição, pág. 520 – grifo nosso).*

Não se pode, ainda, olvidar que a qualidade da parte *(Pessoa Jurídica de Direito Privado)* e o fato de a Fazenda Pública não integrar a lide são circunstâncias que, a meu ver, não deslocam a competência, ***verbis***:

> ***"Irrelevante figurar como parte concessionária de serviço público. Firma-se a competência recursal no âmbito desse Eg. Tribunal de Justiça ratione materiae e não ratione personae, a '...'causa petendi' deduzida na inicial, juntamente com o pedido, delimitam objetivamente a lide, pouco importando a qualidade das partes...' (DC nº 9.053.933-51.2008.8.26.0000 v.u. j. de 08.10.08 Rel. Des. ALOÍSIO DE TOLEDO CÉSAR, no mesmo sentido: CC nº 0.176.880-27.2012.8.26.0000 v.u. j. de 07.11.12 Rel. Des. KIOITSI CHICUTA e CC nº 0.197.892-63.2013.8.26.0000 v.u. j. de 15.01.14 Rel. Des. LUÍS SOARES DE MELLO)."*** *(Conflito de Competência nº 0019112-96.2016.8.26.0000, Relator Desembargador Evaristo dos Santos).*

Destarte, tendo em conta que *"a definição da competência para julgamento da demanda está adstrita à natureza jurídica da lide, definida em função do pedido e da causa de pedir" (Conflito de Competência nº 108.138/SC, 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, Relatora Ministra Nancy Andrighi)* e considerando que o artigo 103 do Regimento Interno deste Tribunal preconiza que a competência é firmada *"pelos termos do pedido inicial"*, forçoso é concluir que compete ao órgão fracionário suscitado o exame do recurso, uma vez que o artigo 3º, inciso I, item I.11, da Resolução nº 623/2013, atribui às Câmaras numeradas entre 1ª a 13ª da Seção de Direito Público a competência para o julgamento das *"ações de apossamento administrativo, de desistência de desapropriação e de uso e ocupação e de reivindicação de* ***bem público****"*.

Acesso ao Sumário

Destaco, a propósito, precedentes da lavra deste C. Órgão Especial, ***verbis***:

"Conflito negativo de competência. São Vicente. Ação de reintegração de posse movida pela CDHU. Alegação de esbulho de imóvel considerado bem público (destinado ao atendimento da população de baixa renda). Matéria relativa a 'ações de apossamento administrativo, de desistência de desapropriação e de uso e ocupação e de reivindicação de bem público'. Objeto preponderante da ação que se insere na competência da Seção de Direito Público desta Corte. Inteligência do art. 3º, I, item I.11, da Resolução n. 623/2013, deste Tribunal de Justiça. Conflito procedente. Competência da 6ª Câmara de Direito Público" *(Conflito de Competência nº 0027910-75.2018.8.26.0000, Relator Desembargador Antonio Celso Aguilar Cortez).*

"DÚVIDA DE COMPETÊNCIA – Ação envolvendo imóvel vinculado à política habitacional do Governo do Estado – Imóvel de propriedade da Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo - CDHU deve ser considerado bem público – Competência da Seção de Direito Público desta Corte – Art. 3º, inciso I.11, da Resolução n. 623/2013 desta Corte – Conflito procedente, reconhecida a competência da 2ª Câmara de Direito Público" *(Conflito de Competência nº 0021343-28.2018.8.26.0000, Relator Desembargador Antonio Carlos Malheiros).*

"I. Conflito de competência. Apelação interposta em face de sentença proferida em ação de reintegração de posse ajuizada pela Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo - CDHU. Alegado esbulho de imóvel considerado bem público (área destinada à melhoria de instalações condominiais de conjunto habitacional).

II. Nos termos da Resolução 623/2013 deste Órgão Especial, é competência das 1ª a 13ª Câmaras de Direito Público o julgamento de matéria relativa a 'ações de apossamento administrativo, de desistência de desapropriação e de uso e ocupação e de reivindicação de bem público' (artigo 3º, inciso I, item I.11). Precedentes deste Órgão Especial.

III. Conflito julgado procedente para fixar a competência da Câmara Suscitada, qual seja, a 5ª Câmara de Direito Público" *(Conflito de Competência nº 0052819-21.2017.8.26.0000, Relator Desembargador Márcio Bartoli).*

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – REINTEGRAÇÃO DE POSSE DE IMÓVEL – BEM PERTENCENTE À COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO - CDHU – NATUREZA JURÍDICA DE BEM PÚBLICO DESTINADO AO ATENDIMENTO DE POLÍTICA HABITACIONAL

Acesso ao Sumário

DO GOVERNO DO ESTADO PARA MORADIA DA POPULAÇÃO DE BAIXA RENDA – MATÉRIA AFETA A UMA DAS CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO – RESOLUÇÃO Nº 623/2013 DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA, ARTIGO 3º, ITEM I.11 – COMPETÊNCIA DA C. 12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, SUSCITANTE" *(Conflito de Competência nº 0040991-28.2017.8.26.0000, Relator Desembargador Francisco Casconi).*

Por fim, vale a pena reproduzir o seguinte excerto da manifestação da d. Procuradoria Geral de Justiça, ***verbis***:

"No caso presente, o pedido inicial visa a reintegração de posse de imóvel pertencente à autora Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo - CDHU –, imóvel esse incluído em programa habitacional, no caso, o Empreendimento Guaizanazes B1, indevida e ilegalmente ocupado pela Ré.

(...)

A despeito da autora CDHU ser uma empresa pública, ostenta natureza de pessoa jurídica de direito privado/ contudo, a destinação do imóvel – edificação de conjunto habitacional – tipifica o adimplemento de políticas públicas, razão a concretizar sua natureza pública, consoante arestos proferidos por esse Egrégio Órgão Especial do TJSP (...).

Agora, com a Resolução n. 785/2017, esta é a redação do art. 3º, I, I.11, da Resolução n. 623/2013: 'Ações de apossamento administrativo, de desistência de desapropriação e de uso e ocupação e de reivindicação de bem público'.

(...)

Pela matéria posta em debate, nestes autos, a competência recursal pertence à Seção de Direito Público do TJSP, por suas 13 Primeiras Câmaras.

Com efeito, procede este Conflito de Competência, a qual merece ser atribuída à Colenda 5ª Câmara de Direito Público desse Egrégio Tribunal de Justiça Paulista" *(cf. fls. 299/302 e 305).*

Ante o exposto, julgo procedente o conflito declarando competente a Colenda 5ª Câmara de Direito Público para a qual deverão ser remetidos os autos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0041773-98.2018.8.26.0000, da Comarca de Indaiatuba, em que é suscitante 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO

ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 5ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 5ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.879)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, ÁLVARO PASSOS, 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 e JOÃO CARLOS SALETTI.

São Paulo, 31 de outubro de 2018.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS FUNDADA EM ERRO MÉDICO – AUSÊNCIA DE IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE A ENTE PÚBLICO MUNICIPAL OU ESTADUAL, QUE, ALIÁS, NÃO INTEGRA O POLO PASSIVO – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 3º, ITEM I.7, 'A', EM CONSONÂNCIA COM ARTIGO 5º, ITEM I.24, DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013 (COM REDAÇÃO DADA PELA RESOLUÇÃO Nº 736/2016) DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA – PROCEDÊNCIA PARA FIRMAR A COMPETÊNCIA DA C. 5ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, SUSCITADA.

VOTO

Conflito de competência estabelecido entre a C. 2ª Câmara de Direito Público e a C. 5ª Câmara de Direito Privado para enfrentamento da apelação interposta nos autos da ação indenizatória movida por Ivonete Alexandrina Santos contra Murilo Rezende Wanderley e Fundação Leonor de Barros Camargo, a desafiar r. sentença proferida a fls. 331/337, que julgou parcialmente

Acesso ao Sumário

procedente o pleito inicial, rateada a sucumbência.

Distribuído originalmente o apelo à C. 5ª Câmara de Direito Privado, sob relatoria do eminente Des. J. L. Mônaco da Silva, o ***decisum*** proferido a fls. 355/357 não conheceu do recurso, determinando remessa dos autos a uma das Câmaras da Seção de Direito Público, com azo no artigo 3º, inciso I.7, alínea "a", da Resolução nº 623/2013 desta Corte, argumentando que matéria de fundo envolve indenizatória decorrente de erro médico na prestação de serviço público de saúde, *"já que o hospital é conveniado ao Sistema Único de Saúde (SUS) do Estado de São Paulo"*.

Redistribuídos os autos, a C. 2ª Câmara de Direito Público, nos termos do v. acórdão de fls. 362/367, de relatoria do eminente Des. Cláudio Augusto Pedrassi, declinou da competência suscitando o presente conflito, argumentando com ditames do artigo 3º, incisos I.23 e I.28, da Resolução nº 623/2013, deste E. Sodalício, insistindo na competência da C. Câmara suscitada.

É o Relatório.

Primeiramente, desnecessária a remessa dos autos à D. Procuradoria-Geral de Justiça, na forma do parágrafo único do artigo 951, do Código de Processo Civil, não se vislumbrando prejuízo às partes ou ao processo, prestigiada a celeridade.

Nos termos do art. 60, inciso II, da Lei Processual, constatado conflito negativo de competência, ambas as Câmaras consideram-se incompetentes para solver recurso interposto na corrente lide.

In casu, ciente da premissa de que a competência recursal é delineada pelos termos do pedido inicial, à luz do art. 103 do RITJ/SP, questão de fundo envolve reparação de danos materiais e morais decorrentes de alegado erro médico em procedimento de laqueadura a que submetida a autora, apontando-se imprudência, negligência e imperícia do profissional que conduziu o ato, fundada a pretensão essencialmente no artigo 14, ***caput*** e § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, bem como artigo 37, § 6º, da Constituição da República.

Com efeito, objetivando tornar clara a competência das Seções de Direito Público e Privado desta Corte em matéria de responsabilidade civil lastreada no erro profissional – artigo 951 do Código Civil –, foi editada a Resolução nº 736/2016, que reformulou dispositivos da Resolução nº 623/2013 deste E. Tribunal, assim fixando:

"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:

(...)

Acesso ao Sumário

I.7 – Ações de responsabilidade civil do Estado, compreendidas as decorrentes de ilícitos:

a. previstos no art. 951 do Código Civil, ***quando imputados ao Estado, aos Municípios e às respectivas autarquias e fundações;***

_____

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.24 – Ações e execuções relativas a ***responsabilidade civil do art. 951 do Código Civil, salvo o disposto no item I.7 do art. 3º desta Resolução****;"* (grifou-se).

Afere-se, portanto, que somente competirá o julgamento às Seções de Direito Público quando restar evidenciado que imputação é direcionada à responsabilização civil do Estado, hipótese em que a pessoa jurídica de direito público, certo ou errado, também compõe o polo passivo da ação.

Na hipótese, a autora deduziu pretensões indenizatórias voltadas contra pessoa física (o profissional médico responsável pelo procedimento de laqueadura) e jurídica de direito privado (a Fundação Leonor de Barros Camargo, mantenedora do Hospital Augusto de Oliveira Camargo, entidade onde prestado o atendimento), assentando a causa de pedir no alegado serviço médico defeituoso, atribuindo responsabilidade subjetiva ao profissional e objetiva ao nosocômio, daí reclamando indenização pelos danos arrolados na inicial.

Não houve inclusão no polo passivo de pessoa jurídica de direito público (Estado, Município, autarquia etc.), mas apenas entidade civil privada, de natureza fundacional, ao passo que pretensa responsabilização é fundada em relação mantida entre particulares, pouco importando que o atendimento tenha sido prestado mediante convênio firmado com o Sistema Único de Saúde – SUS.

Enfrentando conflitos nitidamente similares, o C. Órgão Especial sedimentou competir à Subseção de Direito Privado I o enfrentamento do tema quando não há imputação de responsabilidade a ente público. E tal se dá justamente na interpretação conjunta dos artigos 3º, item i.7, alínea "a" e 5º, inciso I, item I.24, da Resolução nº 623/2013 deste E. Tribunal. Confiram-se os seguintes precedentes:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA NEGATIVO. ARGUIÇÃO EM APELAÇÃO INTERPOSTA EM FACE DE SENTENÇA QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTE PLEITO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS ADVINDOS DE ATOS PROMOVIDOS POR

AGENTES DE HOSPITAL MANTIDO POR ASSOCIAÇÃO CIVIL DE DIREITO PRIVADO SEM FINS LUCRATIVOS. FAZENDA PÚBLICA EXCLUÍDA DO POLO PASSIVO QUANDO DO DESPACHO SANEADOR, SEM QUE TENHA HAVIDO INSURGÊNCIA DE QUALQUER DAS PARTES. COMPETÊNCIA RECURSAL QUE SE FIXA PELA NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA EM LITÍGIO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 3º, INCISO I, ITEM I.7, E ARTIGO 5º, INCISO I, ITEM I.24, AMBOS DA RESOLUÇÃO N° 623/2013, DESTE TRIBUNAL. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE RESTANDO FIXADA A COMPETÊNCIA DA 5ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO" (Conflito de Competência nº 0037626-97.2016.8.26.0000, rel. Des. Márcio Bartoli, j. em 28.09.2016). No mesmo sentido: Conflito de Competência nº 0011243-82.2016.8.26.0000, rel. Des. Xavier de Aquino, j. em 04.05.2016.

Aliás, não parece interferir na solução aqui imposta simples menção à responsabilidade objetiva da fundação demandada, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, o que encontra eco no precedente a seguir:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA Declinada a competência pela Eg. 3ª Câmara de Direito Público. Redistribuiu-se. A C. 5ª Câmara de Direito Privado suscitou conflito perante o Órgão Especial, entendendo tratar-se de matéria de Direito Público. Ação indenizatória contra a Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Santa Rita do Passa Quatro-SP e o médico Dr. Agenor Mauro Zorzi, pretendendo pagamento de indenização por danos morais e materiais, em razão de suposta falha em atendimento médico. Resolução nº 623/2013, art. 3º, I.7, 'a', definindo o julgamento pela Seção de Direito Público somente quando houver responsabilidade imputada a ente público e respectivas autarquias e fundações. Ação não endereçada a qualquer dessas entidades. Precedentes. Competência da Eg. 5ª Câmara de Direito Privado (Art. 200 do RITJ). Conflito procedente, competente a Câmara Suscitante" (Conflito de Competência nº 0012255-97.2017.8.26.0000, rel. designado Des. Evaristo dos Santos, j. em 21.06.2017).

Colhe-se do voto do eminente Relator Designado, ***verbis***: *"Ora, afigura-se manifestamente irrelevante, para fins de determinação da competência recursal no caso de erro médico, o fundamento ou as razões pelas quais o autor pretende ser indenizado (responsabilidade objetiva ou decorrente de culpa). Se a inicial, ainda que equivocadamente, atribuir, por qualquer fundamento, a determinada entidade pública a responsabilidade, da Seção de Direito Público será a competência para processar e julgar o recurso. Caso contrário, não havendo, ainda que erroneamente, indicação de entidade pública como a responsável pela indenização por erro médico, à Seção de Direito Privado caberá julgar o inconformismo."*

Acesso ao Sumário

Registro, ainda, que previsões dos artigos 7º e 24 da Lei 8.080/1990, que regula o Sistema Único de Saúde, parecem não infirmar a solução ora imposta,

na medida em que o primeiro dispositivo impõe a observância das diretrizes do artigo 198, da Constituição da República, aos serviços privados conveniados, enquanto o último descreve a observância das normas de direito público na formalização de contratos e convênios a viabilizar a participação dos serviços privados complementares no âmbito do SUS.

Ante o exposto, julgo procedente o conflito para firmar a competência da C. 5ª Câmara de Direito Privado, suscitada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0041753-10.2018.8.26.0000, da Comarca de Pilar do Sul, em que é suscitante 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 14ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 14ª 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 38.650)**

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, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, 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, 7 de novembro de 2018.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: DÚVIDA DE COMPETÊNCIA – Agravo de Instrumento – Ação que versa sobre área rural sobreposta à área mineral – Tema que não se insere aos temas de competência afeta às treze primeiras Câmaras de Direito Público, conforme a Resolução n. 623/2013 – Dúvida acolhida, reconhecida a

Acesso ao Sumário

competência da Egrégia Câmara suscitada.

VOTO

Trata-se de dúvida suscitada pela 2ª Câmara Direito Público desta Corte em razão de decisão monocrática proferida pela Eminente Desembargadora Lígia Araújo Bisogni, com assento na 2ª Câmara de Direito Privado (fls. 667/668), que em razão do não conhecimento do Agravo de Instrumento nº 2157918-09.2018.8.26.0000, dando-se por incompetente para o seu julgamento, em ação que versa sobre área rural sobreposta à área mineral.

É o relatório.

Colhe-se dos autos, tratar-se de ação relacionada ao descumprimento de contrato de arrendamento rural para exploração de areia, firmado entre particulares, bem como à apuração do valor da indenização a quem fazem jus os proprietários da área ocupada pela autora agravante, para exploração de areia, decorrente do contrato de arrendamento rural celebrado por eles, conforme pleiteado em reconvenção; assim como, eventual apuração do valor da área para fins de aquisição pela mineradora agravante.

Não havendo discussão matéria atinente à outorga de licença para exploração de área, tampouco os direitos da União sobre a jazida mineral, tem-se que questão é eminentemente de Direito Privado.

A Resolução n. 623/2013, determina que, na Seção de Direito Público, suas treze primeiras Câmaras, terão competência preferencial para, dentre outras, esta matéria: Ações cuja matéria seja de Direito Público e não esteja na competência recursal de outras Seções do Tribunal de Justiça, das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente e das 14ª a 18ª Câmaras de Direito Público. [...] (art. 3º, I.11).

Assim por não se tratar de ação de apossamento administrativo, de desistência de desapropriação e de uso e ocupação e de reivindicação de bem público, que envolveria matéria de competência da Seção de Direito Público, a competência está afeta à c. 14ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, para onde foi originalmente distribuído.

Isto posto, acolhe-se a presente dúvida e julga-se competente a Colenda Câmara suscitada, a 14ª Câmara Direito Privado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0039631-24.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 28ª

Acesso ao Sumário

CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, é suscitada 3ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 28ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO 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 23065)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA e ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 7 de novembro de 2018.

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Apelação em ação de revisão de cláusulas contratuais c/c pedido de ressarcimento de multa contratual e cobrança de valores. Serviço social da indústria (SESI), pessoa jurídica de direito privado, integrante do sistema "s", não integra a administração pública, e não se submete às disposições da lei federal nº 8.666/1993. Discussão que não envolve questão afeta ao direito público. Matéria de competência recursal da 28ª Câmara de Direito Privado, nos termos da resolução nº 623/2013.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito de competência em recurso de apelação interposto por SESI – SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA, eis que inconformado com a r. sentença, proferida pelo MM. Juízo da 35ª Vara Cível da Comarca de São Paulo que, nos autos da ação ordinária de obrigação de revisão contratual e condenatória ajuizada por Imprej Engenharia Ltda. julgou *"PARCIALMENTE PROCEDENTE o feito para rever, nos termos desta sentença, as cláusulas 4.3, 4.5, 5.3 e 5.3.1 do contrato, bem como para condenar a ré a pagar à autora a correção monetária dos valores retidos a título de caução durante a execução*

do contrato, quantia esta que será acrescida de correção pelo TJSP a contar da data de cada retenção e de juros de mora de 1% ao mês da citação. (...) Como cada litigante é, em parte, vencedor e vencido, nos termos do art. 86 do CPC, devem repartir as despesas processuais pela metade. Fixo o valor dos honorários advocatícios em 10% sobre o valor atualizado da condenação, na forma do art. 85, §§ 2º e 14, do CPC, devido integralmente por cada uma das partes ao patrono da parte contrária."

Os autos de apelação foram distribuídos para a Colenda 3ª Câmara de Direito Público desta Corte que entendeu que a questão trazida referia-se à ação de obrigação de revisão contratual e condenatória, onde o cerne da questão principal é a cobrança de valores relativos a contrato particular firmado entre o SESI, que é uma pessoa jurídica de direito privado e que não integra a administração pública direta ou indireta, e a empresa Imprej Engenharia Ltda. Aduziu, ainda, que a contratação da empresa autora tenha decorrido de processo licitatório atípico, ou seja, realizado nos termos do Regulamento de Licitações e Contratos do SESI – Serviço Social da Indústria, o que afasta consequentemente a aplicação da lei 8.666/93 no presente caso; tudo a demonstrar ser de competência da Colenda Seção de Direito Privado o recebimento, processamento e julgamento do recurso (V. Acórdão de fls. 809/812).

A Colenda 28ª Câmara de Direito Privado desta Corte, ao entender que o SESI- SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA, embora seja instituição de direito privado, não tem fins lucrativos e é pessoa jurídica qualificada como entidade paraestatal, estando sujeita ao regime jurídico administrativo e, considerando, ainda, que a ação, cuja r. sentença se combate, está lastreada em certame licitatório, na modalidade concorrência, não conheceu do recurso e suscitou o conflito negativo de competência (V. Acórdão de fls. 820/824).

Regularmente processado o feito, pela competência da Câmara da Seção de Direito Privado para conhecer, processar e julgar a apelação, foi o parecer ministerial de fls. 832/839.

É o relatório.

É de ser conhecido o conflito, declarando-se a competência da Colenda 28ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça.

Conforme disposto na Constituição Federal no seu artigo 125, § 1º:

"Art. 125 – Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça."

A Constituição Bandeirante, por sua vez, instituiu no seu artigo 69, inciso II, alínea "a", que:

"Art. 69 – Compete privativamente ao Tribunal de Justiça:

Acesso ao Sumário

II – pelos seus órgãos específicos:

a) elaborar seu regimento interno, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;" (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 21, de 14 de fevereiro de 2006)

Ressalta-se, também que as competências das Seções de Direito Público e Privado dessa Corte estão regulamentadas pela Resolução nº 623, de 16 de outubro de 2013.

Observa-se que o Regimento Interno dessa Corte preceitua no seu artigo 103 que:

*"**A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial**, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la."*

E, ainda, segundo o artigo 104, do mesmo Estatuto, *"a competência em razão da matéria, do objeto ou do título jurídico é extensiva a qualquer espécie de processo ou tipo de procedimento."*

Infere-se, no caso concreto, que a autora pretende obter a correção monetária do valor retido pelo SESI a título de caução até a conclusão da execução dos serviços contratados e discutir, também, o ressarcimento de multa contratual, tendo por objeto o reestabelecimento do equilíbrio econômico financeiro do contrato firmado, decorrente da Licitação – Concorrência nº. 140.2009 – regime de empreitada por preço global.

Em que pese o entendimento dos eminentes Desembargadores integrantes da Colenda 28ª Câmara de Direito Privado, inexiste discussão que envolva questão de direito público.

O SESI foi instituído nos termos do Decreto-lei nº 9.403/46, tendo por escopo estudar, planejar e executar medidas que contribuam, diretamente, para o bem-estar social dos trabalhadores na indústria e nas atividades assemelhadas, concorrendo para a melhoria do padrão de vida no país, e bem assim, para o aperfeiçoamento moral e cívico, e o desenvolvimento do espírito da solidariedade entre as classes, lembrando, ainda, que teve o seu regulamento aprovado pelo Decreto nº 57.375, de 2 de dezembro de 1965.

Para Hely Lopes Meirelles, *"Serviços sociais autônomos são todos aqueles que instituídos por lei, com personalidade de direito privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições parafiscais. São entes paraestatais, de cooperação com o Poder Público, com administração e patrimônio próprios, revestindo a forma de instituições particulares convencionais (fundações, sociedades civis ou associações) ou peculiares ao desempenho de suas incumbências estatutárias.*

São exemplos desses entes os diversos serviços sociais da indústria e do comércio (SENAI, SENAC, SESC, SESI), com estrutura e organização especiais, genuinamente brasileiras. (...) Essas instituições, embora oficializadas pelo Estado, não integram a Administração Pública direta nem a indireta, mas trabalham ao lado do Estado, sob seu amparo, cooperando nos setores, atividades e serviços que lhes são atribuídos, por que considerados de interesse específico de determinados beneficiários. (...) Os serviços sociais autônomos regem-se pelas normas de Direito Privado, com as adaptações expressas nas leis administrativas de sua instituição e organização."[1]

Os Serviços Sociais Autônomos, também chamados de Sistema "S", criados por lei, de regime jurídico predominantemente de direito privado, sem fins lucrativos, foram instituídos para ministrar assistência ou ensino a determinadas categorias sociais e possuem autonomia administrativa e financeira. Não integram a Administração Pública direta ou indireta, e por não estarem incluídos na lista de entidades enumeradas no parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 8.666/1993, não estão sujeitos à observância dos estritos procedimentos na referida Lei, e sim aos seus regulamentos próprios, como asseverado pela douta Procuradoria Geral de Justiça.

O Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, ao apreciar o recurso Extraordinário 789.874/DF, de relatoria do eminente Ministro Teori Zavascki assim decidiu:

> *EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS VINCULADOS A ENTIDADES SINDICAIS. SISTEMA "S". AUTONOMIA ADMINISTRATIVA. RECRUTAMENTO DE PESSOAL. REGIME JURÍDICO DEFINIDO NA LEGISLAÇÃO INSTITUIDORA. SERVIÇO SOCIAL DO TRANSPORTE. NÃO SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II, DA CF).*
>
> ***1. Os serviços sociais autônomos integrantes do denominado Sistema "S", vinculados a entidades patronais de grau superior e patrocinados basicamente por recursos recolhidos do próprio setor produtivo beneficiado, ostentam natureza de pessoa jurídica de direito privado e não integram a Administração Pública, embora colaborem com ela na execução de atividades de relevante significado social.*** *Tanto a Constituição Federal de 1988, como a correspondente legislação de regência (como a Lei 8.706/93, que criou o Serviço Social do Trabalho – SEST) asseguram autonomia administrativa a essas entidades, sujeitas, formalmente, apenas ao controle finalístico, pelo Tribunal de Contas, da aplicação dos recursos recebidos. Presentes essas características, não estão submetidas à exigência de concurso público para a contratação de pessoal, nos moldes do art. 37, II, da Constituição Federal. Precedente: ADI 1864, Rel. Min. Joaquim Barbosa,*

Acesso ao Sumário

1 Direito Administrativo Brasileiro, 29ª edição, Ed. Malheiros.

DJe de 2/5/2008.

2. Recurso extraordinário a que se nega provimento." (STF – Plenário. RE 789.874. Min. Rel. Teori Zavascki, julgado em 17/09/2014).

Este Colendo Órgão Especial julgou recentemente caso análogo da relatoria do eminente Desembargador Ricardo Anafe (Conflito de Competência nº 0009951-91.2018.8.26.0000, j. 25/04/2018), cujo trecho do V. Acórdão se transcreve:

"Assim, os Serviços Sociais Autônomos, também chamados de Sistema "S", criados por lei, de regime jurídico predominantemente de direito privado, sem fins lucrativos, foram instituídos para ministrar assistência ou ensino a determinadas categorias sociais e possuem autonomia administrativa e financeira. Não integram a Administração Pública direta ou indireta, e por não estar incluídos na lista de entidades enumeradas no parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 8.666/1993, não estão sujeitos à observância dos estritos procedimentos na referida Lei, e sim aos seus regulamentos próprios. Nesse sentido colaciona-se trecho do Acórdão 519/2014, do Plenário do Tribunal de Contas da União, in verbis:

"21. Da tensão dialética imposta pelos referenciados dispositivos constitucionais é que se conforma o conceito de autonomia dos Serviços Sociais Autônomos. Não se lhes aplicam as normas da Administração Pública, somente os princípios constitucionais e legais."

Averbe-se, por oportuno, que o Colendo Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento, no Mandado de Segurança 33.442/DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, anulou decisão do Tribunal de Contas da União que determinada ao Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC) a inclusão, em seus editais de licitação, de regras previstas na Lei nº 8.666/1993, que trata de normas para licitações e contratos da Administração Pública. Confira-se trecho do julgado:

'(...) as entidades do 'Sistema S' desenvolvem atividades privadas incentivadas e fomentadas pelo Poder Público, não se submetendo ao regramento disciplinado pela Lei 8.666/93. Tendo em vista a autonomia que lhes é conferida, exige-se apenas a realização de um procedimento simplificado de licitação previsto em regulamento próprio, o qual deve observar os princípios gerais que regem a matéria.' *(STF, MS 33.442/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 27/03/2018) (g.n.).*

Feitas essas considerações, conclui-se que o Serviço Social da Indústria (SESI), pessoa jurídica de direito privado, integrante do Sistema 'S', não se submete às disposições da Lei Federal nº 8.666/1993, azo pelo qual, na hipótese, não há falar em contrato administrativo, porquanto o certame realizado não decorre da Lei de Licitações, mas de regramento próprio da ré."

Acesso ao Sumário

Ressalta-se, como já mencionado anteriormente, que no caso concreto a matéria a ser discutida não é afeita ao direito público, na medida em que se refere à incidência de correção monetária no valor retido como caução durante a execução da empreitada além de eventual valor devido de multas contratuais.

Por sua vez, a Resolução nº 623/2013, que dispõe sobre a composição do Tribunal de Justiça e fixa a competência de suas Seções, assim estabelece em seu artigo 5º, § 1º:

"Art. 5º. A Seção de Direito Privado, formada por 19 (dezenove) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, em ordem sucessiva, é constituída por 38 (trinta e oito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, e subdividida em 3 (três) Subseções, assim distribuídas:

(...)

§ 1º. Serão da competência preferencial e comum às Subseções Segunda e Terceira, composta pelas 11ª a 38ª Câmaras, 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."

Diante disso, impõe-se reconhecer que a discussão envolve a celebração de contrato para a reforma e ampliação da Escola no Centro de Atividades 'Américo Emílio Romie' do SESI/SP, localizada na cidade de Santa Bárbara D'Oeste/SP, de tal arte que, como dito alhures, a ré não integra a Administração Pública direta ou indireta, não se submetendo à Lei 8.666/1993, o que afasta a competência da Colenda Câmara de Direito Público desse Eg. Tribunal de Justiça.

Pelo exposto, pelo meu voto, conheço do conflito de Competência suscitado nos autos de apelação, que julgo procedente, a fim de declarar competente a Colenda 28ª Câmara de Direito Privado desta Corte para conhecer e julgar o recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0037486-92.2018.8.26.0000, da Comarca de São Joaquim da Barra, em que é suscitante 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 27ª 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 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO 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 39.773)**

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, 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 e CARLOS BUENO.

São Paulo, 7 de novembro de 2018.

SALLES ROSSI, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação de obrigação de fazer ajuizada em face de concessionária de serviço público (buscando a remoção de poste de energia elétrica que, segundo a inicial, foi instalado de forma irregular, defronte à residência do autor) – Controvérsia que não envolve relação de consumo ou prestação de serviços – Relação extracontratual – Competência da Seção de Direito Público – Precedentes, inclusive deste C. Órgão Especial – Art. 3º, I, I.7., b, da Resolução 623/2013 (redação dada pela Resolução 736/2016) – Conflito conhecido e provido para declarar a competência da suscitante, E. 13ª Câmara de Direito Público.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de Conflito de Competência suscitado pela E. 13ª Câmara de Direito Público em face da E. 27ª Câmara de Direito Privado, ambas desse Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, extraído de recurso de apelação interposto contra sentença (fls. 164/165) proferida em autos de Ação de Obrigação de Fazer que tramitou perante o Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de São Joaquim da Barra.

O ilustre Desembargador CAMPOS PETRONI, Relator da Câmara de Direito Privado, ora suscitada, argumentou que a matéria tratada consubstancia questões de natureza de Direito Público, já que controvérsia relativa à prestação

de serviços de concessionária de energia elétrica que integra o polo passivo, motivo pelo qual, segundo sustenta, cuida-se de competência preferencial de uma das Câmaras que integram a Seção de Direito Público (fls. 181/184).

A Câmara de Direito Público, aqui suscitante, por seu turno, sob a relatoria do Desembargador BORELLI THOMAZ, fundamentou seu entendimento no sentido de que, muito embora a controvérsia trate da remoção de poste de energia elétrica, está vinculada a contrato de prestação de serviço e, portanto, competente para julgar o recurso uma das Câmaras que integram a Seção de Direito Privado (no caso, a suscitada), conforme fls. 191/196.

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 204/204), pelo decreto de procedência do presente conflito e, bem assim, reconhecida a Câmara suscitante (13ª de Direito Público) competente para julgar o apelo.

É o relatório.

A competência, em regra, não é definida pela qualidade das partes, mas em razão da matéria, a partir dos fundamentos invocados e pedidos formulados na inicial, a teor do que dispõe o artigo 103, do Regimento Interno desta E. Corte de Justiça, *in verbis*: *"A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la".*

O pedido inicial da ação de obrigação de fazer, deduzido em face da ré, CPFL, tem como questão de fundo a remoção de poste de energia elétrica que, segundo a preambular, teria sido instalado de forma indevida defronte ao imóvel de propriedade do autor. Busca, portanto, a condenação da concessionária na remoção do referido poste de energia.

Ora, a controvérsia a ser dirimida não diz respeito à prestação de serviços, tampouco relação de consumo. Cuida-se, na verdade, de relação extracontratual, conforme estabelece a Resolução 623/2013, por seu artigo 3º, I, I.7 da Resolução 736/2016 (redação dada pela Resolução 736/2016), no sentido de que as 13 Câmaras que compõem a Seção de Direito Público deste E. Tribunal terão competência preferencial para ações oriundas de responsabilidade *'extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público, ressalvado o disposto no item III.5 do art. 5º desta Resolução...'* (ressalva que, como bem pondera a d. Procuradoria Geral de Justiça, aqui não se aplica, eis que diz respeito a reparação de danos em acidente de veículo).

Em vista disso, força convir que a competência para conhecer e julgar o presente apelo é da Câmara suscitante – 13ª de Direito Público – haja vista que a questão debatida diz respeito a má prestação de serviço público, *'sem qualquer relação contratual posta como fundamento, resultou em infortúnios a terceira pessoa'*, como novamente bem ressalvado no judicioso parecer ministerial.

Acesso ao Sumário

Questão idêntica já restou decidida por este C. Órgão Especial:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Apelação cível. Empresa concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica. Responsabilidade civil. Danos materiais e morais. Pretensão fundada em relação extracontratual. Remoção de poste instalado no interior da propriedade do autor. Competência da Seção de Direito Público. Inteligência do art. 3º, inciso I, I.7, 'b', da Resolução TJSP 623/2013 – Conflito conhecido e provido para determinar o retorno dos autos à C. 10ª Câmara de Direito Público" (TJSP, Apelação nº 0031428-10.2017.8.26.0000, REL. DES. CARLOS BUENO, Órgão Especial, j. 13.09.2017)."

E ainda:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO INDENIZATÓRIA. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO DE PÚBLICO E PREFEITURA MUNICIPAL. APLICAÇÃO DO ART. 3º, I.7, ALÍNEA B, DA RESOLUÇÃO 623/2013, QUE REUNIU E SISTEMATIZOU OS ATOS ADMINISTRATIVOS NORMATIVOS QUE DISCIPLINAM A COMPETÊNCIA ENTRE AS SEÇÕES DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA, E DISPÕE SER DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO O JULGAMENTO DAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO, COMPREENDIDAS AS DECORRENTES DE ILÍCITOS: EXTRACONTRATUAIS DE CONCESSIONÁRIAS E PERMISSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO, QUE DIGAM RESPEITO À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. FIXADA A COMPETÊNCIA DA 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO – Conflito de Competência n. 0035846-88.2017.8.26.0000, Rel. MÁRCIO BARTOLLI, j. 27.09.2017. – grifo não original"

Isto exposto, pelo meu voto, conheço do conflito e o julgo procedente para reconhecer competente a suscitante, Colenda 13ª Câmara de Direito Público do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para processar e julgar o recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0031888-60.2018.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é suscitante 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 9ª 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 9ª 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 31017/TJ)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, DAMIÃO COGAN, ADEMIR BENEDITO, SILVEIRA PAULILO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 14 de novembro de 2018.

ÁLVARO PASSOS, Relator

EMENTA: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Agravo de instrumento interposto em fase de cumprimento de sentença de embargos de terceiro – Prevenção – Configuração – Julgamento de recursos na fase de conhecimento que caracteriza a prevenção também para a fase seguinte do processo – Competência recursal, ademais, que é fixada pela matéria do litígio – Observância do pedido inserido na exordial – Hipótese em que matéria e prevenção coincidem no mesmo Colegiado – Controvérsia que diz respeito a domínio de bem imóvel – Competência preferencial das Câmaras da Subseção de Direito Privado I – Conflito procedente.

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo sob o fundamento de que o agravo de instrumento em análise foi interposto nos autos de cumprimento de sentença de embargos de terceiro, cuja apelação, na fase de conhecimento, foi julgada pela 9ª Câmara de Direito Privado, o que ensejou a sua prevenção.

Ao que consta, foi interposto agravo de instrumento em fase de cumprimento de sentença de embargos de terceiro contra decisão que determinou a intimação do executado para que, no prazo de 15 (quinze) dias, pague o valor devido. O recurso foi distribuído à 9ª Câmara de Direito Privado que, por

Acesso ao Sumário

envolver, a ação, pessoa jurídica de direito público, determinou a redistribuição a uma das Câmaras de Direito Público.

Por sua vez, a 2ª Câmara de Direito Público, por entender que é incompetente ao julgamento do caso diante da prevenção da C. Câmara de Direito Privado, suscitou o presente conflito.

É o relatório do essencial.

Inicialmente, consigne-se que o objeto da lide é decisão proferida em fase de cumprimento de sentença de embargos de terceiros que foram ajuizados com a pretensão de desconstituir restrição judicial incidente sobre imóvel da requerente.

Não obstante esteja presente a prevenção da C. 9ª Câmara de Direito Privado, em razão de já ter apreciado recursos na ação principal, a competência em razão da matéria também se direciona a ela.

É cediço que a definição de competência dentro do Tribunal de Justiça se dá pelo exame dos elementos da ação, observando-se, em especial, o pedido e a causa de pedir. De acordo com o art. 103 do RITJSP, *"a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la"*.

De acordo com a Resolução nº 623/2013 do C. Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, são competentes as Câmaras da Primeira Subseção de Direito Privado para julgar as ações de reivindicação de bem imóvel e outras ações relativas a domínio de bem imóvel, como a ação principal desta hipótese em apreço (art. 5º, I, I.16 e I.17).

A despeito de o recurso aqui analisado ter sido interposto em fase de cumprimento de sentença, a competência permanece a mesma daquela existente na fase de conhecimento.

Insta registrar que, quando do julgamento da apelação e dos respectivos embargos nos autos principais dos embargos de terceiro que ora são objeto do cumprimento de sentença que originou este agravo, decidiu, a 9ª Câmara de Direito Privado, antes de tratar sobre o mérito, que não se tratava de caso de competência das Câmaras de Direito Público, nos termos da Resolução nº 623/2013. Definiu-se a competência da Seção de Direito Privado para o julgamento das ações que tratam de matéria de reivindicação de bem imóvel (art. 5º, 1.16), ainda que um dos litigantes fosse uma autarquia municipal.

Acesso ao Sumário

De fato, mesmo que haja envolvimento de pessoa de direito público, a sua condição não é apta a deslocar a competência, que é fixada, como dito, pelo pedido e causa de pedir, ou seja, pela matéria, que é regra absoluta.

Desse modo, considerando que a competência para este cumprimento de sentença permanece a mesma daquela existente na etapa de conhecimento, o

presente agravo de instrumento deve ser julgado pela C. Câmara pertencente à Seção de Direito Privado, o que, na hipótese vertente, ainda está corroborado pela prevenção.

É sabido que as hipóteses de competência em razão da matéria são absolutas e prevalecem. No entanto, ainda que assim não fosse, neste caso também está a prevenção da mesma C. 9ª Câmara de Direito Privado.

Estabelece o art. 105 do Regimento Interno deste E. Tribunal que *"a Câmara ou Grupo que primeiro conhecer de uma causa, ainda que não apreciado o mérito, ou de qualquer incidente, terá a competência preventa para os feitos originários conexos e para todos os recursos, na causa principal, cautelar ou acessória, incidente, oriunda de outro, conexa ou continente, derivadas do mesmo ato, fato, contrato ou relação, e nos processos de execução dos respectivos julgados"*.

Pelo exposto, **julga-se procedente o presente conflito**, declarando-se competente a C. 9ª Câmara de Direito Privado para conhecer e julgar o Agravo de Instrumento nº 2005365-74.2018.8.26.0000.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0045896-42.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 23ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 23ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO 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 4402/18)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), ALEX ZILENOVSKI, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ARTUR MARQUES, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, SALLES ROSSI, ÁLVARO PASSOS e BERETTA DA SILVEIRA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 28 de novembro de 2018.
ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: Conflito negativo de competência. São Paulo. Ação de obrigação de fazer c/c indenização por dano material e moral. Agravo de instrumento distribuído à 23ª Câmara de Direito Privado e a relator que, entendendo pela incompetência do órgão julgador, dele não conheceu. Autos redistribuídos à 13ª Câmara de Direito Público, que também não conheceu do agravo e suscitou conflito de competência. Pedido e causa de pedir que envolvem questões atinentes ao (des)cumprimento de contrato particular de prestação de serviços educacionais. Agravante que pretende: (i) efetuar sua rematrícula para o curso de Odontologia junto à instituição de ensino requerida; (ii) ser autorizada a cursar as matérias 'on-line' referentes a semestres anteriores; (iii) seja liberado via portal eletrônico o agendamento de horários alternativos para realização de DPs; (iv) sejam excluídos juros, correção monetária e multas referentes aos valores devidos à instituição de ensino, bem como parcelados para pagamento mensal; (v) sejam as notas das matérias cursadas nos últimos dois anos e meio lançadas no portal do aluno. Obrigações irradiadas do contrato de prestação de serviços celebrado entre as partes, pessoa física e pessoa jurídica de direito privado. Objeto preponderante da ação que se insere na competência da Seção de Direito Privado desta Corte. Inteligência do art. 5º, § 1º, da Resolução n. 623/2013, deste Tribunal de Justiça. Conflito procedente. Competência da 23ª Câmara de Direito Privado.

VOTO

V I S T O S.

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 13ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça, que, por julgamento unânime em acórdão de relatoria do Des. Antonio Tadeu Ottoni, declinou da competência para conhecer e julgar o Agravo de Instrumento n. 2170248-38.2018.8.26.0000, oriundo da

8ª Vara Cível do Foro Regional I – Santana, interposto nos autos da ação de procedimento ordinário (obrigação de fazer c/c indenização de dano material e moral) de número 1020600-95.2018.8.26.0001, também em trâmite perante o Juízo da 8ª Vara Cível do Foro Regional I – Santana, da Comarca da Capital. A Câmara suscitante entendeu que a causa de pedir e o pedido deduzidos nos autos em questão referem-se estritamente a obrigações relativas ao contrato de prestação de serviços, sem qualquer alusão a atos administrativos de ensino, circunstância que atrai a competência das Câmaras da Seção de Direito Privado deste Tribunal (p. 27/32). De outro lado, a suscitada 23ª Câmara de Direito Privado entendeu que *"a demanda não versa especificadamente sobre obrigações de Direito Privado relativas ao contrato de prestação de serviços escolares, vez que se discute procedimento administrativo interno da instituição de ensino ré"*. Dessa forma, o objeto da presente ação está relacionado à aplicação de normas legais e regimentais da universidade que disciplinam o sistema de ensino em geral, consequentemente inserindo-se na competência da Seção de Direito Público desta Corte, consoante previsão contida no art. 3º, I, I.6 da Resolução n. 623/2013, do TJSP (p. 11/16).

É o relatório.

Trata-se de ação de obrigação de fazer c/c indenização de dano material e moral ajuizada por Sabrina Molino de Paula em face de Anhanguera Educacional Ltda., por meio da qual alegou a autora que, no início de 2015, ingressou no curso de Odontologia mantido pela faculdade ré, mediante financiamento estudantil de 70% (PEP – Parcelamento Estudantil Privado). Ocorre que não recebeu o boleto para a rematrícula do 3º trimestre nem os demais, em razão de erro atribuído ao sistema eletrônico da ré, que desde 2016 definiu seu status como "desistente", diante do suposto cancelamento da matrícula.

A autora/agravante, porém, afirma que jamais cancelou sua matrícula, de modo que a situação persiste até hoje, e, devido ao referido erro de sistema, a ré não mais emite os boletos mensais, embora permita que ela frequente as aulas presenciais, mas sem acesso ao portal do aluno, possibilidade de assistir aulas *on-line* e agendar cumprimento de DP, dentre outras restrições.

Acesso ao Sumário

A presente ação foi ajuizada, dessa forma, com pedido de tutela de urgência para que: 1) Seja a autora rematriculada junto a faculdade ré, com a consequente liberação de seu acesso junto ao portal do aluno; 2) Seja a autora autorizada a cursar 'on-line' as matérias referentes aos semestres anteriores; 3) Seja liberado, via portal do aluno, o agendamento em horários alternativos para poder eliminar suas dependências; 4) Sejam excluídos dos valores devidos pela autora à faculdade os acréscimos relativos a juros, multa e correção monetária de todos esses anos, com o parcelamento do total remanescente para pagamento mensal; 5) Sejam as notas das matérias presenciais dos últimos dois anos e meio lançadas no portal do aluno, tudo sob pena de multa diária (p. 01/12, dos autos

principais).

A medida liminar foi indeferida pelo MM. Juízo de origem (p. 76 e 81/82 dos autos principais), o que ensejou a interposição de agravo de instrumento, originalmente distribuído para a 23ª Câmara de Direito Privado (p. 10), que entendeu ser competente uma das Câmaras de Direito Público (p. 11/16). Redistribuído à 13ª Câmara de Direito Público, esta também declinou da competência e deliberou pela remessa dos autos para que este Órgão Especial dirima o conflito instalado (p. 27/32).

O art. 66, II, do Código de Processo Civil, prevê a hipótese do conflito negativo de competência, que tem lugar quando ambas as Câmaras às quais foi dirigido determinado recurso consideram-se incompetentes para conhecê-lo e julgá-lo.

A solução da presente controvérsia reclama a análise do disposto no art. 103 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, *in verbis*: *"A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do* ***pedido inicial****, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la"* (g.n.).

No caso destes autos, trata-se de ação de obrigação de fazer c/c indenização ajuizada por aluna do curso de Odontologia mantido pela requerida, com vistas a compeli-la a efetivar a sua rematrícula, pelo tempo que se fizer necessário, bem como adote as demais providências requeridas (liberação do acesso junto ao portal do aluno; autorização para cursar 'on-line' as matérias referentes aos semestres anteriores; liberação, via portal do aluno, do agendamento em horários alternativos para eliminar dependências; exclusão dos acréscimos relativos a juros, multa e correção monetária dos valores devidos pela autora à faculdade, com o parcelamento do total remanescente para pagamento mensal; sejam as notas das matérias presenciais dos últimos dois anos e meio lançadas no portal do aluno).

Em outras palavras, a pretensão não tem como objetivo solver conflito de interesses relativo ao próprio ensino, isto é, a questões educacionais propriamente ditas, mas, sim, solucionar os efeitos jurídicos que derivam do mencionado contrato de prestação de serviço celebrado entre as partes.

Acesso ao Sumário

A análise do pedido permite concluir, portanto, que a controvérsia se cinge a questões relativas ao adimplemento contratual decorrente de prestação de serviços escolares regida pelo Direito Privado (artigo 5º, § 1º, da Resolução nº 623/2013).

Por essa razão, é imperioso concluir que cabe à C. 23ª Câmara de Direito Privado o exame do recurso em voga, uma vez que o dispositivo supra mencionado (artigo 5º, § 1º, da Resolução n. 623/2013 deste Órgão Especial) atribui competência preferencial e comum às Subseções Segunda e Terceira, composta pelas 11ª a 38ª Câmaras, para conhecer e julgar 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.

Confiram-se, por oportuno, os seguintes precedentes deste C. Órgão Especial:

"COMPETÊNCIA RECURSAL. Ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos morais. Ajuizamento com a pretensão de obter o recebimento de diploma de curso superior após, segundo a narrativa da inicial, a conclusão de todas as pendências. Objeto da lide que diz respeito a obrigações irradiadas de contrato de prestação de serviço escolar, firmado com instituição de ensino superior particular, e não diretamente a questões de ensino em geral. Competência preferencial das Câmaras compreendidas nas Seções de Direito Privado II e III. Redistribuição para a Câmara suscitada. Conflito procedente". (Conflito de Competência nº 0004559-73.2018.8.26.0000, Rel. Des. Álvaro Passos, j. 07.03.2018).

"Conflito de Competência. Obrigação de Fazer cumulada com pedido de indenização. Prestação de serviços. Instituição de ensino superior. Apelação distribuída a Desembargador com assento na 28ª Câmara de Direito Privado que, entendendo pela incompetência do órgão julgador, não conheceu dos recursos. Autos redistribuídos a 11ª Câmara de Direito Público, que não conheceu dos recursos e suscitou conflito de competência. Demanda que não envolve matéria afeta ao direito público, mas adimplemento, por particular, de obrigações decorrentes de contrato de prestação de serviços escolares. Competência recursal da 28ª Câmara de Direito Privado, nos termos da Resolução nº 623/2013. Conflito de competência procedente. Julga-se procedente o conflito de competência para declarar competente a Colenda 28ª Câmara de Direito Privado (suscitada) para o julgamento dos recursos". (Conflito de Competência nº 0031448-98.2017.8.26.0000, Rel. Des. Ricardo Anafe, j. 16.08.2017)

"Conflito de Competência. Ação de indenização. Prestação de serviços educacionais. Instituição de ensino superior. Apelação distribuída a Desembargador com assento na 34ª Câmara de Direito Privado que, entendendo pela incompetência do órgão julgador, não conheceu agravo de instrumento. Autos redistribuídos a 7ª Câmara de Direito Público, que não conheceu da apelação e suscitou conflito de competência. Pedido e causa de pedir que envolvem questão atinente a contrato particular de prestação de serviços educacionais. Ação que versa sobre obrigação decorrente do contrato de prestação de serviços educacionais celebrado entre o autor e a ré. Obrigações que irradiam do contrato de prestação de serviços celebrado entre as partes, pessoa física e pessoa jurídica de direito privado. Competência recursal da 34ª Câmara de Direito Privado, nos termos da Resolução nº 623/2013. Conflito de competência procedente. Julga-se procedente o conflito de competência para

Acesso ao Sumário

declarar competente a Colenda 34ª Câmara de Direito Privado (suscitada) para o julgamento dos recursos". (Conflito de Competência nº 0054188-50.2017.8.26.0000, Rel. Des. Alex Zilenovski, j. 11.01.2018).

Como se vê, a competência para conhecer e julgar o presente recurso é mesmo da Seção de Direito Privado deste Tribunal, por meio da sua 23ª Câmara, diante do que dispõe o art. 5º, § 1º, da Resolução n. 623/2013 deste C. Órgão Especial.

Ante o exposto, julga-se procedente este conflito e declara-se competente para conhecer e julgar o Agravo de Instrumento n. 2170248-38.2018.8.26.0000 a 23ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2117421-50.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante ADEMIR PEREIRA LIMA, é impetrado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM A PRELIMINAR DE DECADÊNCIA E DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.372)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ARTUR MARQUES e PINHEIRO FRANCO.

São Paulo, 31 de outubro de 2018.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR DE DECADÊNCIA. ACOLHIMENTO. IMPETRAÇÃO CONTRA ATO DO GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO QUE APLICOU AO IMPETRANTE, POLICIAL MILITAR, A PENA DE EXPULSÃO DAS FILEIRAS DA CORPORAÇÃO. INTERPOSIÇÃO, PASSADO QUASE UM ANO, DE RECURSO ADMINISTRATIVO CONTRA O ATO DE EXPULSÃO. MANEJO DO *MANDAMUS* OBJETIVANDO A ANULAÇÃO DO ATO DE EXPULSÃO, COM A FINALIDADE DE ANULAR A DECISÃO DO GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO. INADMISSIBILIDADE. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO QUE NÃO INTERROMPE O PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA OPERADA. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM BASE NO ARTIGO 487, INCISO II, DO CPC CC ARTIGO 23 DA LEI 12.016/2009.

SEGURANÇA DENEGADA.

VOTO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Ademir Pereira Lima contra ato do Governador do Estado de São Paulo, objetivando a declaração de ilegalidade da decisão que determinou a sua expulsão dos quadros da Polícia Militar do Estado de São Paulo, bem como a reintegração às fileiras da Corporação.

Alega que foi policial militar da ativa até 20 de dezembro de 2016, quando foi expulso por ato do Comandante Geral da Polícia Militar no Conselho de Disciplina CPC-022/23/15, que tramitou com vícios que comprometeram o contraditório e a ampla defesa, dando-se ainda o julgamento sem a participação sua ou de seu patrono, que não foram intimados. Acrescenta que pleiteou ao impetrado, em 18 de dezembro de 2017, a revisão do processo administrativo, encaminhada ao Secretário da Segurança Pública, que deixou de conhecer do pedido por falta de amparo legal. Diante disto, requer a concessão da segurança, consistente no reconhecimento da ilegalidade da decisão que o expulsou da Polícia e consequente reintegração ao cargo, assegurados todos os direitos oriundos ao ato (fls. 01/12 e documentos de fls. 13/88).

Regularmente processado, com concessão ao impetrante dos benefícios

Acesso ao Sumário

da assistência judiciária gratuita (fls. 90), ingressou nos autos a Fazenda do Estado de São Paulo (fls. 95).

Informações da autoridade impetrada, arguindo, preliminarmente, a ausência de interesse de agir por perda superveniente do objeto, em razão de decisão que não conheceu o recurso, publicada no Diário Oficial de 13 de junho de 2018, acrescentando que o pedido deveria ser embasado no artigo 138, § 3º, da Constituição Estadual, o que inocorreu; ainda em preliminar, pleiteia o reconhecimento da decadência da impetração mandamental, na medida em que superior a 120 (cento e vinte) dias entre a publicação do ato que expulsou o impetrante das fileiras da corporação, 20 de dezembro de 2016 e a propositura do *writ*, 11 de junho de 2018. No mérito, defende a denegação da segurança, ante a inexistência de direito líquido e certo a ser amparado e a inexistência de vícios prejudiciais aos interesses do autor (fls. 98/117 e documentos de fls. 118/121).

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, pelo acolhimento da preliminar de decadência da impetração (fls. 128/137).

É o relatório.

Acolhe-se a preliminar de decadência do *mandamus*, em relação ao pleito de anulação do ato administrativo que determinou a expulsão do impetrante das fileiras da Corporação.

Trata-se de mandado de segurança impetrado com a finalidade de "4...*a) anular essa decisão do Exmo. Governador do Estado de São Paulo, ordenando-se judicialmente a invalidação do Conselho de Disciplina nº 34BPMI-003/13/12, por se tratar de um direito líquido e certo do impetrante ser submetido a tal feito apresentando suas alegações finais depois daquelas da Acusação e, ainda, de ser intimado para todos os atos processuais, inclusive sessão de julgamento; b) reintegrar imediatamente o Requerente às fileiras da corporação*...".

Com efeito, colhe-se dos autos que por decisão publicada no Diário Oficial do Poder Executivo – Seção II, pg. 14, de **20 de dezembro de 2016**, o impetrante teve contra si aplicada a pena de expulsão das fileiras da Polícia Militar paulista, pelo cometimento de atos atentatórios à Instituição e ao Estado, consubstanciando transgressão disciplinar de natureza grave, prevista nos nºs 18, 58, 63 e 132 do parágrafo único do artigo 13 c.c. nºs 1 e 3 do § 2º do artigo 12, tudo do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar (LC 893/01) (fls. 88).

Por sua vez, quase um ano após, mais precisamente em **18 de dezembro de 2017**, ingressou o impetrante com requerimento dirigido ao Governador do Estado de São Paulo, ora impetrado, pretendendo a revisão do ato que determinou a sua expulsão da Polícia Militar (fls. 21), pretensão não conhecida, primeiramente pelo Secretário da Segurança Pública em 06 de março de 2018 (fls. 22 e 121) e posteriormente referendada pela própria autoridade, nos termos

do *decisum* publicado no Diário Oficial do Estado, Poder Executivo, Caderno 2, página 03, de 13 de junho de 2018 (fls. 119), consoante anotado nas informações de fls. 98/117.

Operou-se, à evidência, a decadência da pretensão mandamental.

É que, datada de 20 de dezembro de 2016 a expulsão do impetrante, competia-lhe interpor a ação mandamental no prazo de 120 dias contados da ciência inequívoca da decisão, nos moldes do artigo 23 da Lei nº 12.016/2009, o que se deu apenas em 11 de junho de 2018 (fls. 89).

Observe-se que o pedido de revisão formulado ao Governador paulista não interrompe o prazo decadencial de que trata o antefalado artigo, o que se extrai da Súmula nº 430 do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

> "Pedido de reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o mandado de segurança".

Conforme jurisprudência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

> "CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – DECADÊNCIA – CONFIGURAÇÃO – PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO NA VIA ADMINISTRATIVA – NÃO INTERRUPÇÃO DO PRAZO DECADENCIAL – SÚMULA 430 DO STF – RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> 1. O **marco inicial** do prazo decadencial para a impetração do mandado de segurança **é o ato que enseja efetivo prejuízo**. 2. **Pedido de reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o mandado de segurança**. Súmula nº 430 do STF. 3. Opera-se a decadência se o mandado de segurança é impetrado mais de cento e vinte dias após o ato que enseja efetivo prejuízo à parte. 4. Recurso não provido.
>
> (STJ – RMS: 34638 ES 2011/0130175-7, Relatora: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 14/05/2013, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/05/2013)"
>
> "AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. IMPETRAÇÃO APÓS CENTO E VINTE DIAS DA SUA PUBLICAÇÃO. PEDIDO DE REVISÃO. NÃO INTERRUPÇÃO DO PRAZO PARA A IMPETRAÇÃO. SÚMULA 430/STF. DECADÊNCIA.
>
> 1. A jurisprudência desta Corte, em consonância com entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal (Súmula 430/STF), é pacífica no sentido de que pedido de reconsideração ou de revisão formulado na via administrativa não interrompe o prazo para a impetração de mandado de segurança. 2. Agravo regimental improvido.
>
> (STJ – AgRg no RMS: 25034 RS 2007/0208777-3, Relatora: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 15/02/2011,

Acesso ao Sumário

T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/03/2011)".

No mesmo sentido já decidiu esta Colenda Corte, por seu Órgão Especial: "MANDADO DE SEGURANÇA. Impetração contra ato do Governador do Estado de São Paulo, que negou provimento a recurso interposto pelo impetrante em autos do Processo Administrativo Disciplinar, mantendo, consequentemente, a pena de demissão que lhe fora imposta pelo Secretário de Segurança Pública. Ação, entretanto, que só foi proposta em 05/02/2015. Decadência. Art. 23 da Lei nº 12.016/2009. Reconhecimento. O ato que teria atingido o direito do impetrante, na verdade, foi aquele que lhe impôs a pena de demissão (praticado em 13/09/2013 e publicado em 17/09/2013), e não o ato do Governador do Estado que apenas manteve essa punição (no julgamento de recurso administrativo). É importante considerar, sob esse aspecto, que 'é pacífico o entendimento do STJ de que o prazo decadencial para impetração do mandado de segurança não se interrompe nem se suspende em razão de pedido de reconsideração ou da interposição de recurso administrativo, exceto quando concedido efeito suspensivo' (MS 15.158/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, j. 25/08/2010, VU). E mesmo que não ficasse configurada a hipótese de decadência, ainda assim a denegação da ordem seria de rigor por outro fundamento. É que o 'o mandado de segurança não é via adequada para se reexaminar o conteúdo fático-probatório constante do processo administrativo' (MS nº 13.161/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, j. 23/02/2011). E nem se há de cogitar de precariedade da prova, como fundamento para concessão da segurança, pois 'se, diante de uma situação ocorrida no mundo dos fatos, for possível à Administração adotar duas ou mais medidas igualmente razoáveis, então ao Poder Judiciário é vedado dizer qual delas mais atenderia ao interesse público' (RSM nº 36.325-ES, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 22/10/2013).

Não custa lembrar, por fim, que em razão da independência entre as esferas criminal e administrativa o Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado pela desnecessidade do sobrestamento do procedimento administrativo disciplinar até o trânsito em julgado da ação penal (AgRg no RMS 33949/PE, j. 16/08/2013).

Segurança denegada, portanto, pelo reconhecimento da decadência e pela inexistência de direito líquido e certo. (Mandado de Segurança nº 2018851-34.2015.8.26.0000, Rel. FERREIRA RODRIGUES, j. 07/10/2015).".

Ante o exposto, acolho a preliminar de decadência da impetração, declarando extinto o processo com fulcro no artigo 487, inciso II do Código de Processo Civil cc. o art. 23 da Lei nº 12.016/2009.

Denego, pois, a segurança.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2219527-90.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante WANDERLEY SEBASTIÃO FERNANDES, é impetrado PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. ARTUR MARQUES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31008/TJ)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, 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 e SALLES ROSSI.

São Paulo, 31 de outubro de 2018.

ÁLVARO PASSOS, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Impetração contra decisão do Exmo. Presidente da Seção de Direito Privado deste E. Tribunal que não acolhe pedido de reconsideração de despacho que negou seguimento a recurso especial – Incompetência do C. Órgão Especial para processar e julgar o presente "mandamus", nos termos do artigo 13, inciso I, alínea "b", do Regimento Interno deste E. Tribunal – Falta de pressuposto processual – Segurança denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de mandado de segurança impetrado contra decisão proferida pelo Exmo. Des. Presidente da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo que, nos autos de ação reivindicatória, não acolheu pedido de reconsideração de despacho denegatório de recurso especial, após interposição

de agravo, o qual sobreveio no processo após o retorno dos autos do E. STJ.

Alega, o impetrante, em apertada síntese, que há, no processo, questão de ordem pública, consistente na ausência de intervenção do Ministério Público, que não foi apreciada pela autoridade impetrada, o que fere seu direito líquido e certo ao atingir o acesso à justiça e à prestação jurisdicional; que tal aspecto pode ser apreciado em qualquer grau de jurisdição, mesmo existindo, nos autos, com retorno do E. STJ ao TJSP, não conhecimento do agravo por deserção decorrente do agendamento do preparo; que magistrado incorreu em erro judiciário e não o remediou.

Com o indeferimento da liminar, foram os autos remetidos, desde logo, à mesa.

É o relatório.

Insurge-se, o impetrante, contra a decisão, proferida pelo Exmo. Presidente da Seção de Direito Privado deste E. Tribunal, que não acolheu pedido de reconsideração de despacho que negou seguimento a recurso especial. No caso, inicialmente, não havia prosperado o Agravo de Despacho Denegatório de Recurso Especial interposto, e, posteriormente, quando do retorno dos autos do E. STJ após julgamento pela deserção do recurso, não foi acolhido o requerimento de reconsideração. O MM.º Magistrado, indicado como autoridade impetrada, havia decidido que quaisquer requisitos de admissibilidade de recurso especial e também a alegação de falta de intervenção do Ministério Público deveriam ser apreciados pela Corte Superior. Na sequência, no indicado ato coator, deliberou-se que não há nada a ser reconsiderado, tendo todos os tópicos sido apreciados.

Da narrativa dos fatos, verifica-se a ausência de competência originária deste C. Órgão Especial para processar e julgar estes autos, conforme estabelece o art. 13, I, "b" do Regimento Interno desta C. Corte:

Art. 13. Compete ao Órgão Especial:

I – processar e julgar, originariamente:

(...)

b) os mandados de segurança e os habeas data contra ato do próprio Órgão Especial, do Conselho Superior da Magistratura e de seus integrantes, das Turmas Especiais, da Câmara Especial e relatores que as integrem.

Acesso ao Sumário

De fato, o MM.º Magistrado, que aqui figura como autoridade impetrada, atuou, nos autos da ação principal, dentro de sua atividade jurisdicional normal envolvendo a Presidência da Seção de Direito Privado, não se enquadrando, assim, em nenhuma das hipóteses do art. 13 do RITJSP. Portanto, de suas decisões, cabe somente o processamento comum nas vias ordinárias do processo e não o presente *writ* de julgamento originário por este C. Órgão Especial.

Neste sentido, confira-se:

MANDADO DE SEGURANÇA Impetração contra decisão do Exmo. Des. Presidente da Seção de Direito Privado deste Eg. Tribunal não conhecendo de "agravo de despacho denegatório de recurso especial". Ausência de competência deste Eg. Órgão Especial. Nos termos do art. 13, I, "b" do RITJSP, compete a este D. Colegiado processar e julgar, originariamente, "os mandados de segurança e os habeas data contra ato do próprio Órgão Especial, do Conselho Superior da Magistratura e de seus integrantes, das Turmas Especiais, da Câmara Especial e relatores que as integrem". Regra de competência vinculada ao exercício das atividades de tais órgãos, não abrangendo atos praticados por magistrados no desempenho de outras funções. No presente caso, o ato apontado como coator ocorreu no exercício de atividade jurisdicional típica da Eg. Presidência da Seção de Direito Privado, a qual não se encontra mencionada no rol estabelecido pelo referido dispositivo. Ademais, a decisão proferida em sede de juízo de admissibilidade representa atividade delegada pelo tribunal ad quem, não sendo razoável seu controle pela própria instância que age em função outorgada. Precedentes. Errônea formação da relação processual, falta de pressuposto processual – competência –, impõe a extinção do processo sem resolução do mérito (art. 485, IV do CPC), com a consequente denegação da ordem (art. 6º, § 5º da Lei nº 12.016/09). Denego a ordem. (Mandado de Segurança nº 2101340-26.2018.8.26.0000 – Sorocaba – Órgão Especial – Rel. Evaristo dos Santos – J. 19/09/2018)

Acrescente-se que o fato de existir alegação de que o caso deve ser apreciado pela douta autoridade impetrada por envolver questão de ordem pública, consistente na intervenção do Ministério Público no processo principal, em nada afeta a incompetência deste C. Órgão Especial para o presente *mandamus*, sendo certo que, como já mencionado, trata-se de atuação jurisdicional típica, cabendo seguir o processamento comum nas vias ordinárias. Na hipótese em apreço, houve exame do pedido, mas com conclusão distinta à pretendida pelo requerente, já que se deliberou que pertenceria à instância superior o encargo de análise dos requisitos de admissibilidade recursal. Desse modo, inadmissível, este Órgão Especial, concordar ou não com o teor e a forma do ato indicado como coator, porquanto incompetente para tanto.

Destarte, este C. Órgão Especial não detém competência para o presente pleito, estando ausente, assim, pressuposto processual ao desenvolvimento regular e válido do processo, devendo a ação ser extinta sem resolução do mérito e ter a ordem denegada.

Pelo exposto, nos termos do art. 485, IV, do CPC, c.c. art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009, **denego a segurança** pretendida.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 0013306-12.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante ALANA CARLA TONIOL, é impetrado PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "AFASTARAM AS PRELIMINARES E DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE A ADV. DRA. TAIS NUNES SOARES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42572)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), 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, SALLES ROSSI e ÁLVARO PASSOS.

São Paulo, 31 de outubro de 2018.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Concurso público para servidor público civil do Ministério Público deste Estado. (1) PRELIMINARES: (1.1) ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA: Ato guerreado que remonta à pessoa do Chefe do Ministério Público Estadual. Pertinência subjetiva existente e não negada nem mesmo pela própria autoridade. Precedentes deste Órgão Especial. (1.2) CARÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL DA AUTORA: Alegação de ilegalidade em ato de nomeação e posse de terceiro, com preterimento do direito líquido e certo da impetrante. Tutela jurisdicional almejada que, em tese, se mostra adequada, útil e necessária à demandante, sob pena de não ver atendida sua pretensão. Interesse de agir configurado. (2) MÉRITO: Impetração contra ato do Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça, que

Acesso ao Sumário

deixou de proceder à nomeação da impetrante, classificada em 2º lugar da Lista Geral para o cargo de Analista Técnico Científico – Engenheiro Florestal – Macrorregião I/Capital, destinando tal vaga a candidato integrante da Lista Especial/PCD, aprovado com nota muito inferior à dela e em suposto desrespeito às regras editalícias. Demonstração, pela autoridade coatora, da regularidade do chamamento de integrante da Lista Especial/PCD levado a termo, nos termos dos editais (de abertura e reabertura) e com confirmação em procedimentos administrativos do CNMP. Inexistência, pois, de direito líquido e certo da impetrante à nomeação. SEGURANÇA DENEGADA, uma vez rejeitadas as preliminares suscitadas pelo litisconsorte passivo necessário.

VOTO

Cuida-se de **MANDADO DE SEGURANÇA** impetrado por ALANA CARLA TONIOL contra ato do Excelentíssimo Senhor PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, o qual procedeu à nomeação dos candidatos aprovados no certame para o cargo de Analista Técnico Científico do Ministério Público Bandeirante.

Sustenta, em síntese, a ilegalidade daquele ato administrativo, uma vez que a autoridade apontada como coatora indevidamente teria nomeado outra pessoa para o posto visado pela impetrante, em desatendimento às normas editalícias, com manifesto equívoco de aplicação das regras atinentes à forma de nomeação das pessoas portadoras de necessidades especiais. Isso porque, conquanto aprovada a impetrante em segundo lugar para a área específica (Analista Técnico Científico – Engenheiro Florestal – Macrorregião I – Capital), com nota 83,00 pontos, a vaga específica teria sido destinada a outro candidato, o qual, inscrito para a mesma área de atuação, somente logrou ter pontuação 58,00 – não se qualificando, assim, sequer entre os primeiros habilitados para o percentual PCD correspondente às 21 (vinte e uma) vagas totais abertas para a Macrorregião da Capital.

Ventila, por fim, que o edital garante que o preenchimento do percentual de 10% estaria adstrito à respectiva Macrorregião (no caso da selecionada pela impetrante, equivalendo a 2 – duas – vagas), não havendo regras mais minudentes acerca de como se daria o estrito preenchimento das vagas destinadas às pessoas portadoras de necessidades especiais, sendo inidôneo pensar-se em na incidência do percentual de 10% de reserva em cada área apresentada ao certame.

Acesso ao Sumário

Indeferida a liminar (fls. 430/432), a autoridade apontada como coatora prestou informações (fls. 440/450).

O litisconsorte passivo necessário apresentou contestação (fls. 473/489), suscitando, em campo preliminar, a ilegitimidade *ad causam* passiva do Procurador-Geral de Justiça e a falta de interesse processual da parte autora e, meritoriamente, pugnando pela improcedência da ação mandamental.

Em seu parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da segurança (fls. 573/582).

É O RELATÓRIO.

I. Do cabimento do Mandado de Segurança.

O artigo 1º da Lei nº 12.016/09, repetindo o preceito do artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição da República, prevê que se concederá **mandado de segurança** para "*proteger direito líquido e certo, não amparado por* habeas corpus *ou* habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça*".

É, pois, meio autônomo de impugnação de ato de autoridade pública que, em juízo lastreado em cognição sumária ou superficial – informado a partir de prova documental ou pré-constituída –, revele-se flagrantemente abusivo, ocasionando cerceamento a direito diverso daqueles de *ir, vir e ficar* e de *ter acesso a informação constante de banco de dados público e de retificá-la*.

O *mandamus* não é, portanto, um recurso; ou seja: não se apresenta como meio ordinário para revisão de ato administrativo ou judicial tido por ilegal.

Não por acaso, **Maria Sylvia Zanella Di Pietro** (**Direito Administrativo**. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 900) explica que, conquanto o Poder Judiciário possa ser chamado para exercer o controle externo do ato administrativo (seja ele *geral* ou *individual*; *unilateral* ou *bilateral*; *vinculado* ou *discricionário*), sua análise se dará *"sob o aspecto da legalidade e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da moralidade (arts. 5º, LXXIII, e 37)" (destaque do original)*.

E, relativamente aos atos discricionários, assenta que esse controle judicial não invadirá "*os aspectos reservados à apreciação subjetiva da Administração Pública, conhecidos sob a denominação de mérito (conveniência e oportunidade)*" – o que não impede sejam examinados, quanto à **existência** e à **veracidade**, os **motivos** do ato administrativo (i. é., fatos que precedem ou ensejam sua elaboração), análise essa inserta no âmbito da *mera legalidade*.

Feitas essas ressalvas, adentra-se ao pormenorizado e destacado enfrentamento das teses ventiladas neste *mandamus*.

II. Da PRELIMINAR de ilegitimidade ad causam passiva do Procurador-

Acesso ao Sumário

Geral de Justiça.

Ao ensejo de sua contestação (item "1", fls. 474/479), o litisconsorte passivo necessário **Guilherme Luís Augusto Gomide** suscita a tese da ilegitimidade *ad causam* passiva do Procurador-Geral de Justiça.

Esclarece **Vicente Greco Filho** (*Direito Processual Civil Brasileiro*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, 1º Vol., p. 77), citando **Alfredo Buzaid**, que, por *legitimidade processual (*ou *ad causam)*, entende-se a situação de *"[....] pertinência subjetiva da ação, isto é, a regularidade do poder de demandar de determinada pessoa sobre determinado objeto*".

Especificamente quanto ao sujeito passivamente legitimado para figurar no mandado de segurança, o artigo 6º, § 3º, da Lei 12.016/2009, dispõe que *"considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para sua prática"*.

A partir desse extrato, ensina **Hely Lopes Meirelles** (**Mandado de segurança e ações constitucionais**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 77-78) que:

> *"Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas consequências administrativas; executor é o agente subordinado que cumpre a ordem por dever hierárquico sem se responsabilizar por ela.*
>
> [...]
>
> *Incabível é a segurança contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada. A impetração deverá ser sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário; tratando-se, porém, de simples ordem proibitiva (não fazer), é admissível o writ contra o funcionário que está realizando o ato ilegal, a ser impedido pelo mandado".*

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (**Direito Administrativo**. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 933-934), a seu turno, explica que, por *ato de autoridade*, objeto da ação mandamental do mandado de segurança, deve-se compreender:

> *"*[...] *todo aquele que for praticado por pessoa investida de uma parcela de poder público. Esse ato pode emanar do Estado, por meio de seus agentes e órgãos ou de pessoas jurídicas que exerçam funções delegadas. Isto quer dizer que abrange atos praticados pelos órgãos e agentes da administração direta e da indireta (autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionárias e permissionárias de serviços públicos). E abrange também atos emanados de particulares que ajam por delegação do Poder Público".*

Acesso ao Sumário

No caso dos autos, o ato tido por abusivo (de nomeação dos candidatos aprovados no certame), conquanto emanado pela Comissão Especial de Seleção

Pública do MP/SP, remonta ao próprio Procurador-Geral de Justiça deste Estado, visto que tal Colegiado Administrativo foi constituído pelo Ato nº 119-PGJ, de 16.09.2015, nos termos da autorização do Chefe do Ministério Público Estadual exarada no Processo DG/MP nº 364/2015 (fls. 123).

Interessante, nesse particular, anotar que nem mesmo a autoridade apontada como coatora veio a levantar a mácula suscitada pelo ora impetrado.

A propósito, em ocasiões anteriores, este Egrégio Colegiado já assentou a legitimidade do Procurador-Geral de Justiça para figurar no polo passivo de mandados de segurança voltados a supostos vícios nos procedimentos de nomeação e escolha de vagas: MS nº 0219236-37.2012.8.26.0000, Rel. Des. **Ênio Zuliani**; MS nº 0275923-34.2012.8.26.0000, Rel. Des. **Paulo Dimas Mascaretti**; MS nº 2102218-87.2014.8.26.0000, Rel. Des. **Francisco Casconi**; dentre outros.

Destarte, inidôneo falar-se em sua ilegitimidade para figurar no polo passivo deste *mandamus*.

III. Da PRELIMINAR de carência de ação por falta de interesse processual da impetrante.

Melhor sorte não se resguarda à tese de carência de ação, por falta de interesse processual da impetrante.

Ada Pellegrini Grinover, **Antônio Carlos de Araújo Cintra** e **Cândido Rangel Dinamarco**, em sua clássica obra **Teoria Geral do Processo** (15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 257/258), versam sobre o interesse de agir da seguinte forma:

> *"Essa condição da ação assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e a ordem na sociedade), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa se possa extrair algum resultado útil. É preciso, pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada".*

A definição revela a existência, a princípio, de duas externações do interesse processual: o *interesse-necessidade* e o *interesse-adequação*.

O prisma da *necessidade*, segundo tais professores, repousa *"*[...] *na impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem a intercessão do Estado – ou porque a parte contrária se nega a satisfazê-lo, sendo vedado ao autor o uso da autotutela, ou porque a própria lei exige que determinados direitos só possam ser exercidos mediante prévia declaração judicial".*

Sob a rubrica do *interesse-adequação*, tem-se *"a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado. O provimento, evidentemente, deve ser apto a corrigir o mal de que o autor se queixa, sob pena de não ter razão de ser"*.

Acesso ao Sumário

Na hipótese dos autos, a impetrante volta-se contra ato que a preteriu em termos de nomeação e posse – efetivando, no cargo por ela pretendido, terceira pessoa (o ora litisdenunciado). E tudo isso sob a pecha da ilegalidade, consistente no alegado desrespeito, pela autoridade coatora e seus subordinados, às regras por eles inseridas no edital regulatório do certame.

Para corrigir tal situação, em que a autoridade pública estaria a cometer ato abusivo, vedando direito de nomeação e posse daquela pessoa que alega ter, em tese, a prerrogativa de adentrar à carreira pública, se cumpridas estritamente as regras do edital, somente caberia, em termos judiciais, a impetração do mandado de segurança, com pedido semelhante ao deduzido pela ora impetrante.

Se efetivamente lhe assiste (ou não) o direito que alega possuir, isso constituirá o mérito do *mandamus*.

Não há, portanto, falar-se em falta de interesse processual.

IV. Síntese fático-jurídica da causa trazida a julgamento.

Segundo se infere dos elementos informativos que instruem o presente mandado de segurança, a impetrante inscrevera-se para o Concurso Público para provimento de Analista Técnico Científico do Ministério Público deste Estado, pretendendo uma das vagas de *Engenheiro Florestal* junto à Macrorregião I (Capital).

Uma vez realizadas as provas inerentes ao certame, acabou classificada em 2º (segundo) lugar na *Lista Geral* (fls. 111 – cargo 013); contudo, não foi nomeada, nem empossada, tendo em vista que, para a função pretendida, viram-se chamados a primeira classificada da Lista Geral e o candidato classificado na Lista Especial/PCD (destinada a portadores de deficiência – fls. 101, cargo 013).

Como o próprio edital teria destinado, na Macrorregião I (Capital), 2 (duas) vagas para o cargo de Analista Técnico Científico – especialidade Engenheiro Florestal, e embora preveja que 10% (dez por cento) das vagas existentes por Macrorregião ou que venham a surgir ou ser criadas no prazo de validade do concurso serão reservadas a candidatos com deficiência (item 5.1.1), não estipulou qualquer critério específico para seu preenchimento, entende a autora ter sido preterida em seu direito de nomeação e posse, principalmente porque a segunda vaga da área para a qual se inscrevera fora direcionada para candidato portador de deficiência que, na lista especial, nem se classificara com as notas mais altas.

Reputando-se ilegalmente preterida dentro dos critérios editalícios, a impetrante almeja a concessão da ordem, a fim de que seja declarado seu direito subjetivo à nomeação, à posse e ao exercício no cargo de Analista Técnico Científico – especialidade Engenheiro Florestal – Macrorregião I (São Paulo/Capital), com condenação da autoridade coatora ao pagamento das custas e despesas processuais.

Acesso ao Sumário

V. Do MÉRITO da impetração.

Por meio de edital publicado nos idos de 07.11.2015 (fls. 37/98), a Comissão Especial de Seleção Pública do Ministério Público do Estado de São Paulo, devidamente constituída pelo Procurador-Geral de Justiça deste Estado e nos limites de suas atribuições, tornou pública a abertura das inscrições para um concurso público voltado, no que interessa ao presente caso, ao provimento de 21 (vinte e uma) vagas de Analista Técnico Científico junto à Macrorregião I/Capital daquela Instituição.

O mesmo edital, em seus itens "6.1" e "6.1.1" (fls. 63/64), previa a reserva, por macrorregião, de 10% (dez por cento) das vagas existentes do cargo de Analista Técnico Científico, daquelas que se abrissem e daquelas que viessem a ser criadas no prazo de validade do edital, às pessoas com deficiência – de modo que, conforme quadro inserido no próprio edital, na Macrorregião I/Capital, haveria, a princípio, 2 (duas) vagas reservadas para pessoas com deficiência.

Para melhor compreensão do caso, os cargos passíveis de provimento, naquele concurso, **na Macrorregião I/Capital** eram:

Cargo	Nº de Vagas
ATC-1.01 – ANALISTA TÉCNICO CIENTÍFICO (Arquiteto e Urbanista)	5
ATC-1.02 – ANALISTA TÉCNICO CIENTÍFICO (Biólogo)	1
ATC-1.04 – ANALISTA TÉCNICO CIENTÍFICO (Engenheiro Agrônomo)	1
ATC-1.06 – ANALISTA TÉCNICO CIENTÍFICO (Engenheiro Florestal)	2
ATC-1.07 – ANALISTA TÉCNICO CIENTÍFICO (Engenheiro Industrial)	1
ATC-1.10 – ANALISTA TÉCNICO CIENTÍFICO (Engenheiro de Segurança do Trabalho)	1
ATC-1.11 – ANALISTA TÉCNICO CIENTÍFICO (Engenheiro Químico)	1
ATC-1.12 – ANALISTA TÉCNICO CIENTÍFICO (Engenheiro de Tráfego)	1
ATC-1.13 – ANALISTA TÉCNICO CIENTÍFICO (Engenheiro Avaliador)	1
ATC-1.14 – ANALISTA TÉCNICO CIENTÍFICO (Engenheiro de Computação)	3
ATC-1.17 – ANALISTA TÉCNICO CIENTÍFICO (Geógrafo)	2
ATC-1.19 – ANALISTA TÉCNICO CIENTÍFICO (Pedagogo)	1
ATC-1.20 – ANALISTA TÉCNICO CIENTÍFICO (Médico Veterinário)	1

Referido edital foi republicado em 08.04.2016 (fls. 123/197), ocasião em que houve a reabertura do concurso, sendo, porém, mantidas as regras originais

Acesso ao Sumário

(vide itens "5.1.1" e "5.1.2", fls. 152/153).

Sucede que, aplicadas as provas e aferidos seus resultados, na Macrorregião I/Capital, enquanto a impetrante logrou ser classificada em **2º lugar da Lista Geral** para o cargo Analista Técnico Científico – Especialidade Engenheiro Florestal (fls. 111), não houve, quanto à **Lista Especial**, candidatos portadores de deficiência classificados para todas as especialidades abertas, mas apenas para:

(i) Especialidade *Arquiteto e Urbanista*: 1 (um) aprovado;

(ii) Especialidade *Biólogo*: 1 (um) aprovado;

(iii) Especialidade *Engenheiro Agrônomo*: 2 (dois) aprovados;

(iv) Especialidade *Engenheiro Florestal*: 1 (um) aprovado; e,

(v) Especialidade *Pedagogo*: 4 (quatro) aprovados.

Nesse cenário, conforme explica a autoridade apontada como coatora: "[...] *as únicas especialidades que possuíam mais de uma vaga e possuíam lista de portadores de deficiência, concomitantemente, foram as especialidades de* ***Arquiteto e Urbanista*** *e de* ***Engenheiro Florestal****, motivo pelo qual foram nomeados um portador de deficiência para provimento da segunda vaga em cada especialidade. Desta feita, em 21/06/2017, foram nomeados da lista de classificação na MACRORREGIÃO I – CAPITAL – dois candidatos da Lista Especial, a saber: Luís Fernando Brito Nishi, para a segunda vaga existente na especialidade de Arquiteto e Urbanista e Guilherme Luís Augusto Gomide para a segunda vaga existente na especialidade de Engenheiro Florestal*" (fls. 446, grifos nossos).

Ou seja: agindo sob o esteio da razoabilidade (artigo 111, CE/SP), o chefe do Ministério Público Estadual, interpretando as regras efetivamente constantes dos editais de abertura e reabertura do concurso em tela, estabeleceu a relação entre as especialidades com mais de 1 (uma) vaga aberta e as especialidades da Lista Especial que tiveram, ao menos, 1 (um) candidato classificado.

Nada de ilegal se vislumbra em tal conduta. Em outras palavras, não houve a propalada violação a direito líquido e certo da impetrante a ser nomeada e empossada no cargo para o qual fora classificada em 2º (segundo) lugar.

Aliás, nesse específico ponto do **critério de incidência das vagas destinadas aos candidatos portadores de deficiência, integrantes da lista especial**, noticiam tanto a autoridade coatora (fls. 444/445) quanto o Subprocurador-Geral de Justiça preopinante (fls. 576/577), que tal tema, suscitado exatamente em relação ao presente concurso (e tendo por potenciais atingidos os ora servidores Luís Fernando Brito Nishi e Guilherme Luís Augusto Gomide, litisconsorte passivo neste procedimento), foi levado à análise do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e teve sua regularidade ali reconhecida, por meio de várias impugnações.

Acesso ao Sumário

Cumpre, nesse momento, destacar a ementa conferida conjuntamente a todos aqueles casos pelo órgão nacional de controle externo do *Parquet*:

"PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO Nº 1.00452/2017-47 (APENSOS: PROCEDIMENTOS DE CONTROLE ADMINISTRATIVO NºS 1.00473/2017-90 e 1.00667/2017-30)

Relator: Lauro Machado Nogueira

Requerentes: Geisielli Aparecida Carvalho Marin de Medeiros Rozane Moreira Alves da Silva João Paulo Leite Tozzi

Requerido: Ministério Público do Estado de São Paulo

Interessados: Guilherme Luis Augusto Gomide Luis Fernando Brito Nishi

PROCEDIMENTOS DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE ANALISTA TÉCNICO CIENTÍFICO DE DIVERSAS ESPECIALIDADES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. VAGAS ALOCADAS POR MACRORREGIÕES. FORMA DE DISTRIBUIÇÃO DAS VAGAS RESERVADAS ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA PELAS ESPECIALIDADES PREVISTAS EM CADA LOCALIDADE. REGRA EDITALÍCIA DE RESERVA DE 10% DAS VAGAS AOS DEFICIENTES. REQUERENTES CLASSIFICADOS EM LISTA ESPECIAL PARA ÁREA DE ATUAÇÃO CUJO ATO EDITALÍCIO OFERTOU UMA ÚNICA VAGA. ***INEXISTÊNCIA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALTERNÂNCIA E PROPORCIONALIDADE ENTRE CONVOCAÇÕES DAS LISTAS GERAL E ESPECIAL****. EFETIVIDADE DO PRECEITO CONSTITUCIONAL A FAVOR DOS CANDIDATOS COM DEFICIÊNCIA. NOMEAÇÃO DO PRIMEIRO CANDIDATO DEFICIENTE A PARTIR DA QUINTA VAGA QUE VIER A SURGIR NO CERTAME. PEDIDOS IMPROCEDENTES".*

Destarte, se na própria seara administrativa, a impugnação meritória específica do edital e de seus ulteriores efeitos (em termos de nomeação e posse dos candidatos classificados nas listas geral e especial) foi refutada – e uma vez que não se vislumbra, sobremaneira, atuação do Chefe do *Parquet* fora dos lindes dos editais concursais –, não haveria como se albergar, na sumária cognição reservada à estreita via do *mandamus* (em que se labora em cima de direito líquido e certo), a pretensão veiculada pela ora impetrante.

VI. Do dispositivo.

Ante o exposto, **DENEGA-SE a segurança**. Custas na forma da lei, descabendo o arbitramento de honorários advocatícios (artigo 25 da Lei nº 12.016/2009; Súmula nº 512 do STF; e Súmula nº 105 do STJ).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2157275-51.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante MUNICÍPIO DE TACIBA, é impetrado DESEMBARGADOR COORDENADOR DA DIRETORIA DE EXECUÇÃO DE PRECATÓRIOS E CÁLCULOS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "AFASTARAM A PRELIMINAR E DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. PEREIRA CALÇAS. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. ARTUR MARQUES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.087)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente), ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, 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 e SALLES ROSSI.

São Paulo, 7 de novembro de 2018.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: Mandado de segurança.

***Mandamus* impetrado contra ato do Desembargador Coordenador da Diretoria de Execução de Precatórios e Cálculos (DEPRE) – Preliminar afastada – Municipalidade enquadrada no Regime Especial em razão de mora (EC nº 94/2016) – Intimação do Ente Público para complementação de valores – Inércia do Município em providenciar o depósito referente à insuficiência apurada do exercício de 2017 – Aplicação das sanções previstas no artigo 104 do ADCT – Ilegalidade ou abuso de poder que não se verifica na hipótese – Ausência do direito líquido e certo.**

Ordem denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo Município de Taciba contra ato do eminente Desembargador Coordenador da Diretoria de Execuções de Precatórios e Cálculos (DEPRE) determinando, dentre outras providências, a retenção dos valores provenientes do repasse do Fundo de Participação dos Municípios, até o montante de R$ 366.379,31 para fins de quitação de precatórios judiciais (fl. 84). Aduz o impetrante a nulidade das intimações ao Prefeito Municipal realizadas nos autos do processo DEPRE nº 9000480-52.2015.8.26.0500/03 e que, em 25/03/2015, o Município era devedor a título de precatório de apenas R$ 40.587,13 (ref. ao Precatório Judicial do Processo nº 0114900-56.2007.5.15.0115). Alega que no exercício de 2017 promoveu o pagamento da importância de R$ 314.875,50 (trezentos e quatorze mil, oitocentos e setenta e cinco reais e cinquenta centavos) a título de precatórios diretamente aos credores, firme no entendimento de que não havia qualquer quantia devida a título de precatório até 31/12/2017, quando na verdade pelo regime especial de precatórios deveria ter depositado a importância de R$ 366.379,31 (trezentos e sessenta e seis mil, trezentos e setenta e nove reais e trinta e um centavos). Sustenta, ainda, que ao tomar conhecimento das penalidades impostas pelo DEPRE, determinou ao setor de contabilidade que providenciasse a verificação dos débitos relativos aos precatórios vencidos até 31/12/2017, constatando-se que dos 05 (cinco) precatórios vencidos em 2017, 04 (quatro) deles havia saldo remanescente e, uma vez procedida a atualização dos respectivos valores, efetuou o depósito na Conta I (Ordem Cronológica nº 1.500.132.000.429, vinculada ao Tribunal de Justiça), no valor de R$ 206.205,48 (duzentos e seis mil, duzentos e cinco reais e quarenta e oito centavos), disponibilizando, portanto, de seu orçamento (no exercício de 2017) a importância total de R$ 521.080,98 (quinhentos e vinte e um mil, oitenta reais e noventa e oito centavos). Postula a concessão de liminar para determinar a imediata suspensão da decisão de fl. 71 do Processo DEPRE nº 9000480-52.2015.8.26.0500/03, de modo a suspender a instauração de procedimento para o sequestro de valores para pagamento de precatório, bem como o desbloqueio dos valores já bloqueados de repasse do Fundo de Participação dos Municípios (FPM), oficiando-se aos órgãos competentes para que sejam suspensas as medidas do artigo 104 do ADCT até o julgamento final do *mandamus*, e a procedência do *writ*, a fim de "reconhecer regularizados os pagamentos dos precatórios vencidos até 31/12/2017 pela impetrante, revogando-se, assim, definitivamente a decisão de fl. 71 do processo DEPRE nº 9000480-52.2015.8.26.0500/03" (fl. 11).

Acesso ao Sumário

A liminar foi indeferida (fl. 205/208).

Informações prestadas pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Coordenador da Diretoria de Execução de Precatórios e Cálculos a fl. 212/214.

A Procuradoria Geral do Estado deixou de se manifestar sob o argumento

de que se encontra igualmente submetida ao regime especial de pagamentos desde a EC 62/2016 e atuais regras vigentes da EC 94/2016 e EC 99/2017, podendo configurar conflito de interesse (fl. 219/220).

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça a fl. 228/237, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

2. É o caso de denegação da ordem, afastada a preliminar.

Ab initio, não colhe a preliminar suscitada pela D. Procuradoria Geral de Justiça no que se refere à alegada perda do objeto do *mandamus*, pois, conquanto tenha havido o cancelamento das sanções aplicadas pela decisão impugnada, a suficiência da cobrança relativa ao exercício de 2017 somente se deu pela somatória dos valores depositados pela Municipalidade de Taciba e as retenções do Fundo de Participação dos Municípios (FPM) (Cf. decisão de fl. 216/217).

No mérito.

Insurge-se o impetrante contra decisão proferida no Processo DEPRE nº 9000480-52.2015.8.26.0500/03, que impôs as sanções previstas no artigo 104 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias[1], em razão da inércia da Municipalidade em providenciar o depósito referente à insuficiência do exercício de 2017, no valor de R$366.379,31 (trezentos e sessenta e seis mil, trezentos e setenta e nove reais e trinta e um centavos).

Assim, embora alegue o Município de Taciba o pagamento de quantia superior àquela apurada pelo DEPRE, para quitação de precatórios no exercício de 2017, é certo que nos termos do apurado no Processo Geral de Gestão nº 9304/10, **"a Prefeitura Municipal de Taciba, de conformidade com os documentos que constam destes autos, se encontrava em mora em 25/03/2015, portanto, nos termos do Art. 101 da CF introduzido pela EC 94/16, passa a se enquadrar no Regime Especial para pagamento de precatórios"** (fl. 33), o que, aliás, foi devidamente informado ao Prefeito Municipal de Taciba, por meio do ofício EP-005812/2017, datado de 08 de junho de 2017 (Cf. "Relação EP – 155, de 12 de 06 de 2017") (fl. 45).

1 "Art. 104. Se os recursos referidos no art. 101 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para o pagamento de precatórios não forem tempestivamente liberados, no todo ou em parte: I – o Presidente do Tribunal de Justiça local determinará o sequestro, até o limite do valor não liberado, das contas do ente federado inadimplente; II – o chefe do Poder Executivo do ente federado inadimplente responderá, na forma da legislação de responsabilidade fiscal e de improbidade administrativa; III – a União reterá os recursos referentes aos repasses ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e ao Fundo de Participação dos Municípios e os depositará na conta especial referida no art. 101 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para utilização como nele previsto; IV – os Estados reterão os repasses previstos no parágrafo único do art. 158 da Constituição Federal e os depositarão na conta especial referida no art. 101 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para utilização como nele previsto. Parágrafo único. Enquanto perdurar a omissão, o ente federado não poderá contrair empréstimo externo ou interno, exceto para os fins previstos no § 2º do art. 101 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e ficará impedido de receber transferências voluntárias."

Acesso ao Sumário

Segundo informações prestadas pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Coordenador da Diretoria de Execução de Precatórios e Cálculos, a **"Municipalidade foi enquadrada no Regime Especial em razão de mora apresentada pela entidade em 25.03.2015, o que foi comunicado por meio de ofício expedido em 08.06.2017 e remetido ao Prefeito Municipal por carta registrada, com aviso de recebimento, conforme documento anexo. Já na vigência do sistema eletrônico de comunicações, foi proferida decisão que, em 08.05.2018, concedeu o prazo de 15 dias para depósito da insuficiência apurada nos depósitos efetuados no exercício de 2017, correspondente a R$ 366.379,31. Referida decisão foi transmitida à Municipalidade por meio do sistema e-SAJ, com notificação remetida ao e-mail (endereço eletrônico constante do texto original)"** (fl. 213).

Portanto, afasta-se o argumento do impetrante de que desconhecia a inclusão no Regime Especial em virtude de mora, assim como a sua intimação para depósito da insuficiência apurada.

E, uma vez constatada a mora do Município, o mesmo deveria ter se adequado às regras estabelecidas pela Emenda Constitucional nº 94/2016, efetuando os depósitos relativos à alíquota mensal sobre a receita corrente líquida a partir de janeiro de 2018.

Nessa esteira, apurado pelo DEPRE a insuficiência dos depósitos (no exercício de 2017), atualizados até 08/05/2018, no valor de R$ 366.379,31 (Cf. fl. 75), quedou-se inerte o Município (fl. 83) depois de instado a providenciar o respetivo depósito (fl. 78 e 80), encontrando-se, pois, em mora frente às regras impostas pela EC nº 94/2016, de tal arte que lhe foram impostas as sanções previstas no artigo 104 do ADCT.

Noutro ponto, é pacífica a orientação deste Colendo Órgão Especial quanto à possibilidade de retenção dos repasses relativos ao Fundo de Participação dos Municípios em razão da falta de depósito dos valores devidos para quitação de precatórios. Nesse sentido: Mandado de Segurança nº 2031225-48.2016.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 04/05/2016; Mandado de Segurança nº 2135501-04.2014.8.26.0000, Rel. Des. João Negrini Filho, j. 04/02/2015; Mandado de Segurança nº 0134184-73.2012.8.26.0000, Rel. Des. Antonio Carlos Malheiros, j. 12/12/2012.

De mais a mais, como se vê dos autos, o débito em questão (R$ 366.379,31, atualizado até 08/05/2018, referente ao período de janeiro a dezembro de 2017) só foi adimplido pela somatória dos dois depósitos efetuados pelo impetrante (R$ 46.182,22, em 25/07/2018; e R$ 160.023,23, em 26/07/2018), e as duas retenções do Fundo de Participação dos Municípios (FPM), correspondentes a R$ 151.372,08 e R$ 179.783,29, totalizando o montante de R$ 537.360,82, sendo que, conforme informado pelo Desembargador Coordenador da DEPRE,

Acesso ao Sumário

"o valor depositado em excesso será abatido nos valores devidos para o exercício de 2018, sobretudo porque se verificou que a Prefeitura Municipal de Taciba ainda não efetuou nenhum depósito relativo ao ano de 2018" (fl. 213/214).

Diante desse quadro, manifesta ausência de direito líquido e certo do impetrante ao pretendido desbloqueio, outra não é a solução, senão a denegação da segurança, afastada a preliminar.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, denego a segurança, nos termos suso alinhavados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 0022156-55.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DALVA DOMINGOS VIEIRA, é impetrado PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM A PRELIMINAR E JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.752)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, 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 e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 7 de novembro de 2018.

SALLES ROSSI, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Impetração em face do Exmo. Prefeito do Município de São Paulo (buscando a impetrante a disponibilização de cirurgia junto à rede pública 'ou particular conveniada') – Ilegitimidade passiva do Prefeito do Município de São Paulo – Inexistência de ato praticado pela autoridade dita coatora, tampouco eventual omissão – Art. 6º, §

3º, da Lei 12.016/2009 – Ato que deve ser imputado ao Secretário Municipal de São Paulo, a quem compete a autorização para a cirurgia (que, consoante informes da própria impetrante, já foi realizada junto à rede particular) – Precedentes – Ação mandamental julgada extinta, sem exame do mérito.

VOTO

Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado em face do Exmo. Prefeito do Município de São Paulo, por meio do qual a impetrante objetiva autorização para realização de cirurgia cardíaca junto à rede pública ou 'particular conveniada', a que necessita ser submetida em caráter de urgência, dado seu grave quadro de saúde e a ausência de condições para seu custeio.

Prossegue sustentando a existência de direito líquido e certo, diante da negativa à realização do procedimento cirúrgico, em afronta a garantias constitucionais. Pugnou pela concessão de liminar para que, imediatamente, seja autorizado o tratamento postulado, incluindo a cirurgia e, ao final, a concessão da ordem.

Em atenção à determinação de fls. 22, desta Relatoria, a impetrante, através da manifestação de fls. 25, informou que a cirurgia da qual necessitava foi realizada no dia 07 de junho último, junto a hospital particular, reiterando o interesse no prosseguimento da presente impetração, dada a necessidade de *'amparos acerca do procedimento cirúrgico'*.

Foi então admitido o processamento, sem a concessão de liminar, com deferimento da gratuidade em favor da impetrante (fls. 31).

Informações prestadas às fls. 36/45.

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 66/73) pela denegação da ordem.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

A preliminar de ilegitimidade arguida pelo Exmo. Prefeito do Município de São Paulo deve ser acolhida.

Com efeito, segundo estabelece o artigo 6º, § 3º, da Lei Federal n. 12.016, de 07 de agosto de 2009 *'considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática.'*

No caso concreto, inexiste ato praticado pela autoridade dita coatora, tampouco eventual omissão, na medida em que a autorização para realização de cirurgia perante a rede pública ou particular conveniada deve ser imputada ao Secretário Municipal e não ao Prefeito.

Acerca da legitimidade passiva no âmbito do mandado de segurança, o

Ministro ALEXANDRE DE MORAES, na Obra Direito Constitucional, 18ª edição, Editora Atlas, às págs. 141, ensina que:

"Sujeito passivo é a autoridade coatora que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado, responde pelas suas consequências administrativas e detenha competência para corrigir a ilegalidade, podendo a pessoa jurídica de direito público, da qual faça parte, ingressar como litisconsorte. É firme e dominante a jurisprudência no sentido de que a indicação errônea da autoridade coatora afetará uma das condições da ação (*legitimatio ad causam*), acarretando, portanto, a extinção do processo, sem exame do mérito."

Já se disse, no âmbito da presente impetração, a d. autoridade apontada como coatora não ostenta tais requisitos, até mesmo porque não se vislumbra qualquer ato praticado pelo Exmo. Prefeito Municipal ou que pudesse por ele ser corrigido, tampouco eventual omissão.

Acerca do tema, merece destaque precedente deste C. Órgão Especial, no julgamento do Mandado de Segurança n. 0009601-40.2017.8.26.0000, Rel. XAVIER DE AQUINO, reconhecendo a ilegitimidade passiva do Prefeito e do Governador do Estado, no âmbito de ação mandamental ajuizada em face dos Exmos. Prefeito e Governador do Estado (aonde se postulava a obtenção de medicamento), nos seguintes termos:

"Com efeito, maneja o impetrante o presente Mandado de Segurança contra ato omissivo da Prefeita do Município de Itararé, do Governador do Estado de São Paulo e do Secretário Estadual da Saúde, consistente em fornecer ao impetrante, portador de fibrose pulmonar avançada, o medicamento necessário ao seu tratamento, nintedanib (nome comercial Ofev), na dose de 150mg. Alega o autor, em breve síntese, que solicitou à FARMAI Farmácia Municipal de Itararé a instauração de seu processo de alto custo para fornecimento do remédio 'Nintedanib, 150 g', sendo informado de que em razão do custo do medicamento, R$ 9.375,00, a medicação não estaria disponível e que a responsabilidade pelo fornecimento do medicamento era do Governo do Estado e não do Município.

Não se observa, no presente mandamus, ato praticado pelo Governador do Estado de São Paulo ou que pudesse por ele, efetivamente, ser corrigido. Segundo o escólio de Hely Lopes Meirelles, 'é autoridade coatora, para os efeitos da lei, a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado e o superior que baixa normas gerais para sua execução. (...) Nos órgãos colegiados considera-se coator o presidente que subscreve o ato impugnado e responde pela sua execução; nos atos complexos o coator é a última autoridade que neles intervém para seu aperfeiçoamento, mas a jurisprudência tem exigido a notificação de todos os que participaram do ato; nos atos compostos o coator

Acesso ao Sumário

é a autoridade que pratica o ato principal; nos procedimentos administrativos o coator é a autoridade que preside a sua realização' ***2. Portanto, sendo o ato, no âmbito estadual, de responsabilidade do Secretário Estadual de Saúde, a quem compete fornecer medicamentos de alto custo, não detém o Governador do Estado de São Paulo a qualidade de autoridade coatora para ocupar o polo passivo do mandado de segurança. O mesmo se diz em relação à Prefeita do Município de Itararé, a quem não se pode atribuir a responsabilidade pelo ato ou da qual emane a ordem para seu cumprimento.*** *Com efeito, já se decidiu alhures que 'sob esse aspecto, que esse dispositivo, ao se referir à pessoa 'da qual emane a ordem' está tratando a questão no plano concreto e individual, não abrangendo, dessa forma, as normas baixadas pelo Prefeito Municipal, que são caracterizadas pela abstração e generalidade. Nesse sentido também a lição de Cássio Scarpinella Bueno, que define autoridade coatora como sendo 'a pessoa que ordena a prática concreta ou abstenção impugnáveis. Não quem fixa diretrizes genéricas para a produção dos atos individuais' (Mandado de Segurança, 5ª edição, São Paulo, 2009, p. 23). Ademais, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:* ***'O Chefe do Poder Executivo, em qualquer das esferas, não pode ser apontado como autoridade coatora em todas as ações mandamentais, visto que a estrutura administrativa é organizada de forma a que cada qual tenha um cargo e este as atribuições e responsáveis diretos por seus atos'*** *(RMS 11.595, Rel. Min. José Delgado, j. 05/04/2001). Processo extinto. Segurança denegada.*

(...)."

Na mesma esteira, o judicioso parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, observando que "**Deveras, o PREFEITO DE SÃO PAULO em momento algum praticou, determinou a prática ou omitiu-se na prática de atos administrativos lesivos aos interesses da Impetrante, donde inexiste motivo para figurar no polo passivo dessa pretensão mandamental**." (fls. 71).

De rigor ainda anotar que, conforme noticia a própria impetrante a fls. 25, o ato cirúrgico foi realizado em junho do corrente ano – o que torna duvidoso o interesse na presente impetração.

De qualquer forma, nos termos dos artigos 69, II, *a* e 74, III, ambos da Constituição Estadual, somado ao artigo 13 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, uma vez reconhecida a ilegitimidade passiva do Exmo. Prefeito Municipal no âmbito do presente *mandamus*, não detém este Órgão Especial competência para dele conhecer.

Isto posto, pelo meu voto, a presente ação mandamental é julgada extinta, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, VI, do Código de Processo Civil, cumulado com o artigo 6º, parágrafo 5º, da Lei 12.016/2009, deixando de fixar honorários advocatícios em observância ao art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e

Acesso ao Sumário

aos enunciados das Súmulas nº 512 do STF e nº 105 do STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 0015286-91.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante ELAINE FERREIRA RODRIGUES DOS REIS, são impetrados GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO, PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO e SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A SEGURANÇA EM RELAÇÃO AO GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO E AO PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA, COM DETERMINAÇÃO DE REMESSA À 12ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31018/TJ)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), 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, SALLES ROSSI e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 7 de novembro de 2018.

ÁLVARO PASSOS, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Impetração com a pretensão de obter a concessão de isenção de IPVA com base na legislação referente às pessoas com deficiência (Leis nº 13.296/2008 e nº 13.146/2015) com o consequente afastamento do lançamento do CPF no Cadin ou qualquer outro órgão de proteção, tornando nula a cobrança de IPVA do ano de 2018 – Ilegitimidade passiva do Governador do Estado e do Presidente da Assembleia Legislativa – Atos administrativos concretos que não

Acesso ao Sumário

tiveram a participação do Chefe do Poder Executivo Estadual e da Assembleia, que apenas atuaram na elaboração da lei em abstrato – Legislação pertinente que considera autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática – Deferimento de isenção ou não que pertence a uma autoridade fiscal – Retorno dos autos à primeira instância para a conclusão do pleito a respeito da autoridade remanescente, em relação à qual o C. Órgão Especial não detém competência – Segurança denegada quanto ao Governador do Estado de São Paulo e ao Presidente da Assembleia Legislativa, e devolução dos autos à Vara da Fazenda Pública.

VOTO

Vistos.

Trata-se de mandado de segurança impetrado contra atos praticados pelo Governador do Estado de São Paulo, pela Assembleia Legislativa de São Paulo e pelo Secretário da Fazenda, relacionados à alteração da lei que trata da isenção do IPVA ao veículo de propriedade de pessoa com deficiência física.

Alega, em síntese, que os impetrados, no exercício dos poderes outorgados, violaram seu direito líquido e certo, ao cancelarem – diante da regulamentação trazida pelo Decreto nº 62.874/2017 – a sua isenção adquirida há mais de quatro anos. Pretende, pois, o reconhecimento do seu direito e a anulação do lançamento do IPVA 2018 realizado no valor de R$ 2.823,66.

Após o indeferimento da liminar, sobrevieram as informações das autoridades impetradas e parecer ministerial.

Nas informações de fls. 134/142, a Assembleia Legislativa argumentou que configurada a sua ilegitimidade passiva, uma vez que apenas participou do regular processo legislativo que culminou na alteração da legislação. No mérito, afirmou que não se trata de hipótese de mandado de segurança, pois inexiste direito líquido e certo por se tratar de exclusão de direito tributário que pode ser alterado e revogado por lei a qualquer tempo.

Já na manifestação de fls. 144/149, a Secretaria da Fazenda defendeu a manutenção das regras de isenção atuais, observando que o fato gerador do IPVA é renovado todos os anos, gerando nova obrigação tributária, sobre a qual deve incidir a lei vigente no momento.

O Governador do Estado, em petição de fls. 151/157, repetiu as mesmas argumentações da Secretaria da Fazenda por entender que não há direito adquirido

Acesso ao Sumário

de manutenção na isenção do tributo em razão da alteração da legislação para a nova obrigação tributária que surgiu no ano de 2018.

Por fim, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem em relação ao Governador do Estado e ao Presidente da Assembleia Legislativa, em razão de sua ilegitimidade passiva, e pela remessa do processo ao juízo competente para o processamento quanto ao Secretário de Estado da Fazenda.

É o relatório.

São requisitos para a impetração de Mandado de Segurança, delineados no art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, lesão de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* e *habeas data*, por ilegalidade ou abuso de poder praticados, em qualquer dos casos, por autoridade pública.

Portanto, além de o ato ter de ser emanado de autoridade pública, é preciso que ele viole direito líquido, justamente por ser ilegal. Sendo ilegal, não encontraria ele, no sistema normativo, seu pressuposto de validade de sorte a torná-lo apto a produzir seus efeitos.

Da análise dos autos, verifica-se que a denegação da ordem é de rigor em relação ao Governador do Estado e ao Presidente da Assembleia Legislativa diante da impetração contra autoridade que se mostra ilegítima para a hipótese.

Ao que consta, a pretensão da impetrante é a de obter a concessão da isenção do IPVA ao exercício financeiro de 2018, tendo em vista que é pessoa com deficiência e possuía o direito com base na Lei nº 13.296/2008, mas que, com a edição da Lei Estadual nº 16.498/2017, que resultou no Decreto Estadual nº 62.874/2017, não logrou manter o benefício que tinha obtido em anos anteriores.

Conquanto o Governador do Estado seja o chefe do Poder Executivo, da sequência dos atos administrativos que culminaram na situação apresentada neste *writ* com a não concessão do aludido benefício, nota-se que não houve a prática nem ordem direta de tal autoridade.

Igual observação deve ser feita relativamente ao Presidente da Assembleia Legislativa.

Com efeito, o Chefe do Poder Executivo e o Presidente do Poder Legislativo Estadual apenas participaram da produção da lei em abstrato que gerou alteração da legislação sobre o tema, sem adotarem atos administrativos concretos aptos a gerarem diretamente o alegado direito da impetrante, sendo certo que sequer atuaram na sequência dos atos sobre a concessão ou não da isenção tributária, de modo que uma eventual ordem advinda deste *writ* sequer poderia ser cumprida por eles. Na realidade, o deferimento de isenção ou não pertente a uma autoridade fiscal.

Nos termos do art. 6º, § 3º, da Lei nº 12.016/2009, "considera-se autoridade

Acesso ao Sumário

coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática". Assim, apresenta-se como legitimado passivo aquele da qual tenha procedido o ato impugnado, por ação ou por omissão, e que tenha competência para corrigi-lo na hipótese de concessão da ordem. Desse modo, o mandado de segurança deve ser impetrado contra aquele que possa corrigir a eventual ilegalidade.

Deve-se observar que não se mostra plausível apontar indistintamente o Chefe do Executivo como autoridade coatora em todas as ações mandamentais, porquanto é sabido que a Administração Pública, até mesmo para assegurar maior efetividade no serviço público, possui divisões internas em sua organização, como ocorre com as Secretarias Estaduais.

Sobre recente julgamento de situação idêntica deste C. Órgão Especial, confira-se:

> MANDADO DE SEGURANÇA – LEGITIMIDADE DE PARTE – Impetração objetivando o reconhecimento do direito da impetrante à isenção, que se torne nulo o lançamento realizado a título de IPVA 2018 e do valor proporcional a título de IPVA 2017, o reconhecimento do direito previsto no art. 46, § 2º e § único, da Lei 13.146/2015 (Estatuto do Deficiente) e seja determinado o não lançamento do seu CPF no CADIN ou qualquer órgão de proteção em razão do IPVA – Ação constitucional inicialmente proposta em Primeiro Grau, sendo, no entanto, declinada a competência para a deste Órgão Especial, em virtude de objetivar ato que teria sido praticado por autoridades que detêm prerrogativa de foro (art. 74, III, CE) – Ilegitimidade passiva do senhor Governador do Estado e da Assembleia Legislativa do Estado, no entanto – Ato de concessão de isenção, ou não, do IPVA, que se pretende afastar, privativo da autoridade fiscal – Preliminar de ilegitimidade de parte e incompetência deste Órgão Especial, acolhida – Prejuízo do conhecimento do mérito do mandamus, nesta Instância – Determinação de retorno dos autos à Sétima Vara da Fazenda Pública da Capital. Processo julgado extinto em face do Governador do Estado e da Assembleia Legislativa do Estado, com determinação de retorno dos autos à Sétima Vara da Fazenda Pública da Capital. (Mandado de Segurança nº 0003461-53.2018.8.26.0000 – São Paulo – Órgão Especial – Rel. João Carlos Saletti – J. 15/08/2018)

Retirando-se tais autoridades do presente feito, este C. Órgão Especial se mostra incompetente para o julgamento. Afinal, a competência originária desta E. Corte, através do C. Órgão Especial, possui rol taxativo na Constituição do Estado de São Paulo, sendo certo que, no inc. III do art. 74, consta somente o julgamento de mandados de segurança e habeas data "contra atos do Governador, da Mesa e da Presidência da Assembleia, do próprio Tribunal ou de algum de seus membros, dos Presidentes dos Tribunais de Contas do Estado e do Município de São Paulo, do Procurador-Geral de Justiça, do Prefeito e do

Acesso ao Sumário

Presidente da Câmara Municipal da Capital".

Este pleito foi, inicialmente, distribuído à 12ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central, que, pelas autoridades impetradas, determinou a redistribuição a este C. Órgão Especial.

Entretanto, com a exclusão das duas autoridades do polo passivo, é devido o retorno do feito à primeira instância, competente para julgar a presente ação mandamental em relação à autoridade remanescente (Secretário de Estado da Fazenda), nos termos do art. 64, § 3º, do Código de Processo Civil.

Pelo exposto, nos termos do art. 485, VI, do CPC, c.c. art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009, **denego a segurança** pretendida em relação ao Governador do Estado de São Paulo e ao Presidente da Assembleia Legislativa. No mais, determino a remessa dos autos à 12ª Vara da Fazenda Pública da Capital.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 0032853-38.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante SINDICATO DOS TRABALHADORES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AUTARQUIAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – SINDSEP, é impetrado PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM A PRELIMINAR E DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.381)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ARTUR MARQUES e PINHEIRO FRANCO.

São Paulo, 7 de novembro de 2018.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Impetração por Sindicato dos Trabalhadores na Administração

Acesso ao Sumário

Pública e Autarquias do Município de São Paulo, objetivando obstar a tramitação do Projeto de Lei nº 621/2016, que trata da contribuição previdenciária dos servidores da Câmara Municipal de São Paulo. Preliminar de ilegitimidade ativa de parte. Acolhimento. Processo de formação de leis que é suscetível de controle pelo Poder Judiciário desde que a *judicial rewiew* seja suscitada por membro do parlamento, falecendo a terceiros a legitimidade ativa para tanto. Processo extinto com base no artigo 485, VI do Código de Processo Civil.

Segurança denegada.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores na Administração Pública e Autarquias do Município de São Paulo (SINDSEP) contra ato do Presidente da Câmara Municipal, tendo em vista tramitar por aquela Casa Projeto de Lei nº 621/2016, com a finalidade de aumentar a alíquota de contribuição previdenciária dos servidores públicos municipais, de 11% para 14%, sendo que, dependendo da faixa salarial, o percentual pode atingir 19%.

Alega o sindicato-impetrante que o Projeto de Lei está viciado, pois contém tramitação inadequada, sem a participação dos interessados, com ofensa de direito líquido e certo dos associados do impetrante, razão da pretensão mandamental.

Distribuído primeiramente à 13ª Vara da Fazenda Pública, os autos foram para cá encaminhados por força da r. decisão de fls. 1217.

Determinou-se à d. autoridade impetrada informações sobre o trâmite do PL nº 621/2016, manifestando-se o mesmo a fls. 1246/1247, ocasião em que reiterou os termos das informações prestadas nos autos, em particular as preliminares de ilegitimidade de parte ativa, *"interna corporis"* e de ausência de litisconsórcio necessário (fls. 1246/1247).

Parecer da *i.* Procuradoria Geral de Justiça, pelo acolhimento das preliminares, com denegação da ordem.

É o relatório.

Acolhe-se a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* formulada pelo Presidente da Câmara Municipal de São Paulo, julgando-se extinto processo nos termos do artigo 485, VI, do Código de Processo Civil.

Prima facie, cumpre-me ressaltar que a questão aqui posta foi objeto do Mandado de Segurança nº 2008563-22.2018.8.26.0000, de relatoria do

Acesso ao Sumário

Desembargador Péricles Piza que, em decisão monocrática, extinguiu o processo sem julgamento do mérito, assim deixando assente:

"Voto nº 36.415 Vistos. Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Antônio Biagio Vespoli, vereador, em face do Presidente da Câmara de Vereadores da cidade de São Paulo, alegando, em apertada síntese, inconstitucionalidade dos artigos 5º, 6º e 25 do ***Projeto de Lei nº. 621/2016****, os quais possuem a seguinte redação: Art. 5° A contribuição previdenciária normal dos servidores ativos vinculados ao RPPS, destinada à manutenção desse regime, será de 14% (quatorze por cento), incidentes sobre a totalidade da base de contribuição. Art. 6° Os aposentados e os pensionistas vinculados ao RPPS contribuição com 14% (quatorze por cento), do valor da parcela dos proventos de aposentadoria ou pensão que supere o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social RGPS. Art. 25. A base de contribuição da alíquota suplementar será a seguinte: I – para os servidores ativos vinculados ao Plano Financeiro será a mesma definida no parágrafo 1°, do artigo 5° desta lei. II – para os aposentados e os pensionistas a alíquota incidirá sobre a totalidade dos proventos de aposentadorias e pensões. § 1° – O décimo terceiro salário será considerado para fins de incidência das contribuições de que tratam artigo 24. § 2° – A alíquota suplementar dos Segurados, estabelecida no Anexo I, desta lei será progressiva, com aplicação de percentual da alíquota total, de acordo com as seguintes faixas de vencimentos e proventos: I – isento até o valor da menor remuneração bruta mensal dos servidores públicos municipais, estabelecido no inciso I do artigo 5°, da Lei n° 15.774 de 29 de maio de 2013 e suas alterações posteriores; II – vinte por cento da alíquota total sobre a parcela que exceder ao valor da menor remuneração bruta mensal dos servidores públicos municipais até duas vezes o teto no inciso III – quarenta por cento da alíquota total sobre a parcela que exceder duas vezes o valor da menor remuneração bruta mensal dos servidores públicos municipais até três vezes o teto do inciso I; IV – sessenta por cento da alíquota total sobre a parcela que exceder três vezes o valor da menor remuneração bruta mensal dos servidores públicos municipais até quatro vezes o teto do inciso I; V – oitenta por cento da alíquota total sobre a parcela que exceder quatro vezes o valor da menor remuneração bruta mensal dos servidores públicos municipais até cinco vezes o teto do inciso I; e VI – cem por cento da alíquota total sobre a parcela que exceder a cinco vezes o valor da menor remuneração bruta mensal dos servidores públicos municipais. § 3° – A alíquota suplementar aplicável aos Órgãos e Entidades do Município, terá como base de contribuição a mesma fixada para a contribuição dos Segurados. Sustenta o impetrante que os dispositivos retromencionados afrontam princípios constitucionais e aspectos tributários da contribuição previdenciária dos servidores públicos que levam à inconstitucionalidade parcial do Projeto de Lei. Por tal razão, pleiteia a concessão da medida*

Acesso ao Sumário

liminar haja vista existência de precedentes e, de igual forma, inexistir dano inverso 'uma vez que os valores podem ser cobrados a qualquer momento dos servidores' (cf. fl. 41). ***Em que pesem as razões coligidas na inicial, não há como acolher o pleito deduzido, sendo o caso de pronta extinção, sem conhecimento de mérito. Não se há olvidar que o remédio constitucional em que se busca eventual apuração de eiva constitucional no trâmite do procedimento legislativo do Projeto de Lei nº. 621/2016 encontra limite cognitivo nos aspectos formais e procedimentais na atuação legiferante objurgada.*** *Em hipótese de incidência de tais vícios, o mandado de segurança se apresenta como medida instrumental a sanar o processo legislativo à luz do texto constitucional.* ***O controle preventivo de constitucionalidade deve ser medida excepcional e cirúrgica a fim de não gerar ingerência na atuação do Poder Legislativo, sob ofensa ao princípio constitucional da separação dos poderes. Portanto, a mera expectativa de violação não pode ser elevada à categoria de liquidez e certeza para fins de impetração do remédio constitucional.*** *Como bem decidido, em jurisprudência consolidada, pelo Pretório Excelso: 'De qualquer sorte, o cabimento do mandado de segurança impetrado por parlamentar só tem cabimento quando em discussão o devido processo legislativo. Está equivocada a premissa segundo a qual esta Suprema Corte admitira controle preventivo de constitucionalidade material, ou seja, do próprio mérito do projeto de lei, pela via do mandado de segurança. Mesmo quando o writ é impetrado por parlamentar, tal hipótese não se verifica' (cf. Decisão monocrática no Mandado de Segurança nº 35.307/DF. Relatora Ministra ROSA WEBER. Publicação em 17/11/2017).* ***Em resumo, não há espaço em nosso sistema jurídico para controle jurisdicional de constitucionalidade material de norma em processo de formação. O que se admite, de longa data, 'é a legitimidade do parlamentar e somente do parlamentar para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo'*** *(MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ 23.04.04 e MS 34423, Monocrática, Min. Celso de Mello, DJ 01/02/2018). Por todas essas razões, de rigor a extinção do processo sem conhecimento do mérito, o que ora se pronuncia, na forma do art. 485, inciso VI, do Código de Processo Civil e art. 10 da 12.016/2009".*

Como salientado pelo e. Desembargador Péricles Piza, à ocasião, o que se admite é a legitimidade do parlamentar "e tão somente do parlamentar" para impetrar mandado de segurança, com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei.

Isso porque, na esteira do quanto já decidiu a Suprema Corte, na oportunidade do julgamento do MCMS 23334-RJ, Ministro Celso de Mello, ***in***

Acesso ao Sumário

verbis:

"O ora impetrante pretende a intervenção jurisdicional do Supremo Tribunal Federal em processo legislativo instaurado no âmbito da Câmara dos Deputados. Tenho enfatizado, em diversas decisões proferidas nesta Suprema Corte (MS 23.328-DF, p. ex.), que o processo de formação das leis, ainda que em caráter excepcional, revela-se suscetível de controle pelo Poder Judiciário, sempre que, havendo possibilidade de lesão à ordem jurídico-constitucional, a *judicial review* seja suscitada, como no caso, **por membro do próprio Congresso Nacional, pois, nesse domínio, falece a terceiros legitimidade ativa ad causam para provocar essa fiscalização** (RTJ 139/783, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI). Sabemos todos que a estrita observância das normas constitucionais condiciona a própria validade dos atos normativos editados pelo Poder Legislativo (CARL SCHMITT, 'Teoria de La Constitución', p. 166, 1934; PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, 'Diritto Costituzionale', vol. I/433-434, 1949; JULIEN LAFERRIÈRE, 'Manuel de Droit Constitutionnel', p. 330, 1947; A. ESMEIN, 'Elements de Droit Constitutionnel Français et Comparé', vol. I/643, 1927; SERIO GALEOTTI, 'Contributo alla Teoria del Procedimento Legislativo', p. 241). Desse modo, e em princípio, torna-se possível o controle jurisdicional do processo de criação dos atos normativos, desde que, provocado para viabilizar o exame de sua compatibilidade com o texto da Constituição da República, venha ele a ser instaurado por iniciativa formal de qualquer dos integrantes das Casas legislativas. **A possibilidade extraordinária dessa intervenção jurisdicional, ainda que no próprio momento de produção das normas pelo Congresso Nacional, tem por finalidade assegurar, ao parlamentar (e a este apenas), o direito público subjetivo – que lhe é inerente – de ver elaborados, pelo Legislativo, atos estatais compatíveis com o texto constitucional**, garantindo-se, desse modo, àqueles que participam do processo legislativo, a certeza de observância da efetiva supremacia da Constituição, respeitados, necessariamente, os aspectos discricionários concernentes às *political questions* e aos atos *interna corporis* (RTJ 102/27 – RTJ 112/598 – RTJ 112/1023). Titulares do poder de agir em sede jurisdicional, portanto, tratando-se de controvérsia constitucional instaurada ainda no momento formativo do projeto de lei, hão de ser os próprios membros do Congresso Nacional, a quem se reconhece, como líquido e certo, o direito público subjetivo à correta observância da disciplina jurídica imposta pela Constituição em sede de elaboração das espécies normativas. O parlamentar, fundado na sua condição de partícipe eminente do procedimento de formação das normas estatais, dispõe da prerrogativa irrecusável de impugnar, em juízo, o eventual descumprimento, pela Casa legislativa, das cláusulas constitucionais que lhe condicionam, no plano material ou formal, a atividade de positivação das regras legais**. Desse modo, é ao congressista – e não a terceiros – que compete o direito subjetivo de questionar, em juízo, quando**

Acesso ao Sumário

for o caso, a elaboração, pelo Congresso Nacional, de normas legais supostamente vulneradoras do texto constitucional ...” (g.n.)

Nada mais há a acrescentar, sendo despicienda a análise das demais preliminares arguidas, em razão do desfecho.

Diante do exposto, acolho a preliminar de ilegitimidade ativa de parte, declarado extinto o processo, com amparo no artigo 485, VI do Código de Processo Civil.

Denega-se a segurança.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2122186-64.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante NEWTIME SERVIÇOS TEMPORÁRIOS LTDA., é impetrado PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U. DEU-SE POR IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. PEREIRA CALÇAS. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. EVARISTO DOS SANTOS E RICARDO ANAFE. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. XAVIER DE AQUINO.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.293)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores XAVIER DE AQUINO (Presidente), FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA e MÁRCIO BARTOLI.

São Paulo, 3 de outubro de 2018.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Ementa: COMPETÊNCIA – MANDADO DE SEGURANÇA – Impetração contra decisão do Presidente da Seção de Direito Público, que inadmitiu o processamento de Recurso Extraordinário com

Acesso ao Sumário

fundamento no inciso V do art. 1.030 do CPC – Incompetência do Órgão Especial do Tribunal de Justiça – Ato praticado pela digna Autoridade coatora no exercício de função jurisdicional delegada, por força do disposto no artigo 1.030, *caput*, e incisos I e V, do CPC (artigo 256 do Regimento Interno), cujo controle jurisdicional escapa à competência do Órgão Especial, por competir, constitucional e legalmente, às Cortes Superiores – Precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Tribunal – Segurança denegada, nos termos do artigo 6º, § 5º, da Lei 12.016/2009, julgado extinto o processo com fundamento no artigo 485, IV, do CPC.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado em face do Presidente da Seção de Direito Público.

Alega o impetrante: **a)** *"objetiva atacar a decisão monocrática terminativa proferida pela autoridade impetrada, (fls. 161/162) que truncou o andamento normal do Recurso Extraordinário", gerando "como consequência a perda do direito constitucional da impetrante de receber uma prestação jurisdicional objetiva (Art. 93, IX da CF) em resposta a denúncia, reiterada, de abuso de poder que foram cometidos pelos procuradores do Município de São Paulo, que atentaram violentamente contra o artigo 198 do Código Tributário Nacional, perfeitamente em consonância com os incisos X e XII do artigo 5º da Constituição da República"*; **b)** *"até reconhece o direito da ... impetrada, de utilizar-se legalmente dos dados fiscais da impetrante, mas através do devido processo legal,* ***aliás como propôs o próprio Juízo de primeiro grau, (fls. 1247)*** *a instaurar um processo administrativo voltado especificamente para a eventual necessidade de quebra de sigilo fiscal, logicamente no interesse da administração pública, não de quaisquer de seus funcionários"; e "****não houve nenhum processo administrativo a respeito****"*; **c)** cabível o *mandamus*, pois *"ficou evidente a inépcia da apresentação de qualquer outro recurso naquela instância ..."*.

Ressaltando que está na "iminência da concretização de uma agressão a direito fundamental, proteção ao sigilo fiscal, requer a concessão de medida liminar, "para declarar nula de pleno direito a r. decisão monocrática terminativa de fls. 161/162, ... a fim de garantir o direito líquido e certo". Alternativamente, requer seja "determinado o processamento normal do Recurso Extraordinário"; "a liberação imediata da penhora de fls. 1271 e 1271-A"; "a indenização por

Acesso ao Sumário

danos morais, pela quebra de sigilo fiscal ...". Por fim, requer "após a concessão da liminar, e o não destrancamento do Recurso Extraordinário, o prosseguimento do feito até final decisão, quando espera venha a ser definitivamente concedido o Mandado de Segurança, julgando-se procedente o pedido para declarar violação do direito líquido e certo desta impetrante, de ver respeitado o seu sigilo fiscal e o recebimento claro e objetivo da prestação jurisdicional".

Requer, ainda, a concessão de gratuidade, por ser micro empresa e passa por "grave crise financeira".

Indeferi a gratuidade e determinei a juntada de cópias das principais peças dos autos originais de que trata a impetração, a fim de possibilitar sua análise, sob pena de indeferimento da petição inicial (fls. 9/12).

O impetrante juntou cópia de peças dos autos de origem (fls. 15/41).

É o relatório.

1. O mandado de segurança se volta contra a decisão de fls. 161/162 dos autos de origem (aqui, fls. 40/41), da lavra do e. Desembargador Presidente da Seção de Direito Público, que inadmitiu o processamento do recurso extraordinário com fundamento no inciso V do art. 1.030 do Código de Processo Civil (decisão de 11.10.2017), lançada nos termos seguintes:

> *"O recurso extraordinário não reúne condições de admissibilidade.*
>
> *Isso porque não foi apontada a* ***repercussão geral*** *de questão constitucional, exigência contida no § 3º do art. 102 da Constituição Federal, no § 2º do art. 1035 do Código de Processo Civil e confirmada na Questão de Ordem no ARE 663.637, DJ em 12.9.2012, verbis:*
>
> *'O Tribunal, nos termos do voto do Relator, Ministro Ayres Britto (Presidente), resolveu a questão de ordem no sentido da exigibilidade de capítulo específico de repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário, mesmo que já tenha sido reconhecida em processo diverso'.*
>
> *Vale a pena ressaltar, por oportuno, o seguinte julgado do Colendo Supremo Tribunal Federal,* ***verbis****:*
>
> *'(...)*
>
> *2. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que é ônus do recorrente a demonstração formal e fundamentada de repercussão geral da matéria constitucional versada no recurso extraordinário, com indicação específica das circunstâncias reais que evidenciem, no caso concreto, a relevância econômica, política, social ou jurídica. Não bastam, portanto, para que seja atendido o requisito previsto nos artigos 102, § 3º, da CF e 543-A, § 2º, do CPC, alegações genéricas a respeito do instituto, como a mera afirmação de que: (a) a matéria controvertida tem*

repercussão geral; (b) o tema goza de importância econômica, política, social ou jurídica; (c) a questão ultrapassa os interesses subjetivos da parte ou tem manifesto potencial de repetitividade; (d) a repercussão geral é consequência inevitável de suposta violação de dispositivo constitucional; ou, ainda, (e) a existência de jurisprudência pacífica desta Corte quanto ao tema discutido. Nesse sentido: ARE 691.595 AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 25/02/2013; ARE 696.347-AgR-segundo, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 14.2.2013; ARE 696.263-AgR/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 19.02.2013; AI 717.821 AgR, Rel Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 13/08/2012. (...)' (ARE 749.396 AgR/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe de 29/04/2014).

No mesmo sentido: ARE 727.865 AgR/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 22/09/2015.

Inadmito, pois, o recurso extraordinário com fundamento no inciso V do art. 1.030 do Código de Processo Civil".

2. Por vários motivos o mandado de segurança não poderia e não pode seguir: **a)** há óbice da Súmula 267 do C. Supremo Tribunal Federal, porque da decisão agravada cabe o recurso do art. 1.042 do Código de Processo Civil; **b)** a peça inicial, como se vê do relatório da impetração, não ataca os fundamentos da r. decisão acima transcrita, posto discorrer apenas sobre o próprio mérito da causa e da decisão final de que interposto o recurso extraordinário, o que encerra sério defeito a esbarrar, quando não, configurar, inépcia da petição inicial; **c)** de ter-se configurado decadência, seja porque não trazida cópia da certidão de intimação da decisão atacada, seja porque, tomada a iniciativa de verificar esse fato processual, a assessoria do signatário logrou identificá-la, a determinar a concretização desse fenômeno; e **d)** o que deve vir em primeiro lugar, mas refiro e cuido por último, ser este Tribunal de Justiça incompetente para conhecer e julgar o mandado de segurança.

Porque reconhecida, por este voto, a incompetência deste Órgão Especial, os motivos elencados nas alíneas "**a**" a "**c**" acima ficam desconsideradas.

Acesso ao Sumário

3. De fato, é esta Corte incompetente para conhecer e decidir o *mandamus*. Vejamos.

Dispõe o artigo 13, I, "b", do Regimento Interno deste Tribunal:

"Art. 13. Compete ao Órgão Especial:

I – processar e julgar, originariamente:

(...)

"b) os mandados de segurança e os habeas data contra ato do próprio Órgão Especial, do Conselho Superior da Magistratura e de seus integrantes, das Turmas Especiais, da Câmara Especial e relatores que

as integrem;"

Os atos desses órgãos e dos Desembargadores que os integram são suscetíveis do mandado de segurança quando proferidos no exercício das funções que lhe são próprias, segundo, portanto, as competências que lhe são atribuídas pelo próprio Regimento Interno, nas disposições pertinentes, decisões essas no campo administrativo ou jurisdicional.

Os atos dos Presidentes das diversas Seções do Tribunal (Criminal, de Direito Público e de Direito Privado) podem estar sujeitos ao mandado de segurança, exceto quando praticadas no exercício de funções próprias das Cortes Superiores, mas que lhes são delegadas pela lei, como sucede neste caso.

De fato. São conhecidas as competências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para conhecer e julgar os recursos extraordinário e especial, respectivamente (artigos 102 e 105 da Constituição Federal).

Não obstante, esses recursos *"serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão: (...)* (artigo 1.029, *caput*), do Código de Processo Civil.

O artigo 1.030, *caput*, e incisos, do mesmo Código de Processo Civil, determina que, recebido o recurso e possibilitada a apresentação de contrarrazões, sejam os autos conclusos ao *"presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido",* que *"deverá negar seguimento"* nos casos que elenca (incisos I, alíneas "a" e "b", II, III e IV), e *"realizar o juízo de admissibilidade e, se positivo, remeter o feito ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, desde que: ..."* (inciso V).

Em conformidade com essas disposições, o Regimento Interno desta Corte, ao tratar dos "Recursos para os Tribunais Superiores", estatui no artigo 256:

> *"Art. 256. Cabe ao Presidente do Tribunal, se o acórdão for do Órgão Especial, ou ao Presidente da respectiva Seção, o processamento e o exame da admissibilidade dos recursos para o Supremo Tribunal Federal e Tribunais Superiores e dos incidentes processuais que surgirem nessa fase.*
>
> *"Parágrafo único: Não cabe agravo regimental da decisão do Presidente do Tribunal, do Vice-Presidente ou dos Presidentes de Seções que, em conformidade com o art. 1.029, § 5º, inciso III, do Código de Processo Civil, concede ou nega seguimento suspensivo a recurso especial ou extraordinário".*

Acesso ao Sumário

Foi no exercício dessa competência que o Presidente da Seção de Direito Público inadmitiu o processamento do recurso extraordinário, decisão em face da qual cabia à impetrante manejar agravo ao Tribunal Superior, como prevê o art. 1.032, § 1º, *"nos termos do art. 1.042"*, ambos do Código de Processo Civil.

Se assim é, não cabe o mandado de segurança no âmbito do próprio Tribunal de Justiça, porque o ato praticado pela digna Autoridade impetrada não se submete jurisdicionalmente a este Órgão Especial, mas ao Supremo Tribunal Federal.

A competência do Presidente do Tribunal de Justiça e dos Presidentes de suas respectivas Seções, no exercício do juízo de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial "**atuam como delegado do Tribunal ad quem**", porque das Cortes Superiores a competência jurisdicional emanada da Constituição Federal, de conhecer e julgar esses recursos. Tanto que, em sendo interposto (e cabível, quando seja) o recurso de agravo, à Corte Superior compete julgá-lo e, sendo caso, provê-lo para mandar subir o extraordinário ou o especial, ou julgá-los desde logo.

A natureza delegada da competência do Presidente do Tribunal e dos Presidentes de suas Seções, nas hipóteses de que se trata, foi reconhecida e afirmada por este Órgão Especial em decisão recentíssima, sob a relatoria do Desembargador EVARISTO DOS SANTOS (MS nº 2101340-26.2018.8.26.0000, j. 19/09/2018, v.u.). Vale transcrever parte do voto de Sua Excelência, no aqui interessante:

> "Ademais, não bastasse a ausência de previsão regimental, convém também rememorar que a decisão proferida em sede de juízo de admissibilidade representa **atividade delegada** *'... **no exercício das atribuições relacionadas com o juízo de admissibilidade de recursos para as instâncias extraordinárias** – previstas nos artigos 542 e 543 do CPC e nas quais se inclui também a de atribuir ou não efeito suspensivo aos referidos recursos, quando ainda pendentes de admissão (Súmula 635/STF) – **o vice-presidente atua como delegado do Tribunal ad quem**. Nessas circunstâncias, as decisões que profere não estão sujeitas a controle por qualquer dos órgãos do Tribunal local. (...) Nessa linha, cabe ao STJ, por meio de agravo de instrumento previsto no art. 544 do CPC, exercer o controle jurisdicional de decisão não concessiva de efeito suspensivo"* (grifei – RCDESP na MC nº 14.947-SP – v.u. j. de 20.11.08 – Rel. Min. **TEORI ALBINO ZAVASCKI**).
>
> "Como aqui já se decidiu em situação similar:
>
> *"MANDADO DE SEGURANÇA – **Decisão do Presidente da Seção de Direito Privado do TJSP que, em sede de recurso especial interposto por locatário, acolheu medida cautelar conferindo efeito suspensivo** ao recebimento do recurso de apelação interposto contra sentença de despejo por denúncia vazia – **Impetração de mandado de segurança perante o C. órgão Especial do TJSP – Descabimento –** Inadequação da via eleita – **Impossibilidade de controle do ato por parte do C. Órgão***

Acesso ao Sumário

***Especial**, pois decisões concernentes à admissibilidade ou concessão de efeito suspensivo a recurso especial ou extraordinário são proferidas no exercício de poder delegado dos EE. Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, Tribunais competentes para o controle do ato decisório – Precedentes – Ordem denegada"* (MS nº 0.180.059-03.2011.8.26.0000 – p.m.v. j. de 15.02.12 – Rel. Des. **RENATO NALINI**)".

"Daí outra razão pela qual **não** se afigura razoável o controle do ato impugnado pela própria instância que age em função outorgada".

Na mesma linha de pensamento o voto declarado pelo Desembargador FERREIRA RODRIGUES no julgamento do Mandado de Segurança nº 2021900-78.2018.8.26.0000, nesta mesma sessão (de 03/10/2018), em caso em tudo assemelhado, também para reconhecer a incompetência deste C. Órgão Especial.

Em sendo assim, a impetrante, em sendo o caso, deve, querendo, dirigir-se diretamente ao C. Supremo Tribunal Federal, valendo-se do meio que julgue apropriado, posto incompetente este Órgão Especial para exercer o controle jurisdicional do ato impugnado.

4. Ante o exposto, denego a segurança, nos termos do artigo 6º, § 5º, da Lei 12.016/2009, julgando extinto o processo com fundamento no artigo 485, IV, do Código de Processo Civil.

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2135927-74.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante EDUARDO MEDEIROS DE SOUZA, é impetrado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONCEDERAM A SEGURANÇA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.233OE)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ARTUR MARQUES, XAVIER

Acesso ao Sumário

DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 28 de novembro de 2018.

CARLOS BUENO, Relator

Ementa: "MANDADO DE SEGURANÇA – Concurso público – Cargo de Executivo Público da Secretaria da Administração Penitenciária – Candidato aprovado fora do número de vagas – Desistência de candidatos melhor classificados – Direito subjetivo à nomeação – RE nº 598.099/MS e RE nº 837.311/PI julgados sob o rito da Repercussão Geral.

O direito à nomeação também se estende ao candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, mas que passe a figurar entre as vagas em decorrência da desistência de candidatos classificados em colocação superior, durante o prazo de validade do certame – Precedentes do STF – Ag. Reg. no RE com Ag. nº 1.058.317/MG, rel. Min. Roberto Barroso, j. em 1º-12-2017; Ag. Reg. no RE com Ag. nº 1.005.047/PB, rel. Min. Luiz Fux, j. em 10-2-2017; Ag. Reg. no RE com Ag. nº 956.521/ES, rel. Min. Roberto Barroso, j. em 18-10-2016; Ag. Reg. no RE com Ag. nº 916.425/BA, rel. Min. Roberto Barroso, j. em 28-6-2016; Ag. Reg. no RE com Ag. nº 734.049/PB, rel. Min. Teori Zavascki, j. em 29-10-2013; Ag. Reg. no RE com Ag. nº 661.760/PB, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 3-9-2013.

No caso, não socorre à Administração Pública a expedição do Decreto nº 61.466/2015, que veda a admissão e a contratação de pessoal, bem como o aproveitamento de remanescentes de concursos públicos com prazo de validade em vigor: seja porque o impetrante não é remanescente, pois aprovado dentro do número de vagas, seja porque a Administração se manifestou de forma inequívoca sobre a necessidade de nomeação, uma vez que o Decreto nº 61.466 é de 2-9-2015 e os candidatos Samuel, Neumoel e Fabrício foram nomeados em setembro e novembro de 2016,

Acesso ao Sumário

quando o decreto já vigia há mais de ano, e Daniel e Samuel foram exonerados, respectivamente, em agosto e novembro também de 2016, durante a vigência do decreto, podendo se presumir remanescer interesse e necessidade em ocupação do cargo vago, por candidato aprovado dentro do número de vagas disponibilizadas.

Segurança concedida."

VOTO

Eduardo Medeiros de Souza, por advogados constituídos, impetrou este mandado de segurança contra ato do Governador do Estado de São Paulo, objetivando a concessão da ordem para que seja nomeado para o cargo de executivo público, da Secretaria de Administração Penitenciária, já que classificado e aprovado em 9º lugar no concurso realizado para o preenchimento de 5 vagas destinadas à sede da coordenadoria de unidades prisionais da região central do Estado de São Paulo. O concurso foi homologado em 19-6-2014, fls. 107, prorrogado uma vez e com prazo de validade expirado em 19-6-2018, fls. 113. Alega que inobstante aprovado fora do número de vagas oferecidas inicialmente, tem direito subjetivo à nomeação porque os candidatos classificados em 1º, 2º, 3º e 4º lugares pediram exoneração, o que o fez subir quatro posições na classificação geral e figurar na 5ª colação, logo, dentro do número de vagas. Conclui que o impetrado violou por ato omissivo direito líquido e certo. Dessa forma, objetiva a concessão da ordem para que lhe seja reconhecido o direito líquido e certo à nomeação, à posse e ao exercício no cargo de Executivo Público da secretaria da Administração Penitenciária – Região Central.

Inicial aditada, fls. 117, liminar indeferida, fls. 123/124, e emendada a inicial, fls. 131, o Governador do Estado informou que não há direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital; a nomeação deve respeitar não apenas a ordem de classificação dos candidatos, como também a necessidade da própria Administração (cita os itens 1.3.1, 1.4, 13.2 e 15.1 do edital); e por fim, alega que a existência de situações excepcionais – impossibilidade orçamentária e a necessidade de observância dos limites de despesa com pessoal – justificam a não nomeação de candidatos aprovados em concursos públicos dentro do número de vagas, fls. 140/158.

Por sua vez, manifesta-se a Procuradoria-Geral de Justiça no parecer de fls. 197/208 pela concessão da ordem. Eis como a ementa da peça ministerial resume a questão:

"Mandado de Segurança. Concurso público. Classificação do impetrante além das vagas disponibilizadas no edital. Vacância de cargos, dentre as vagas, no

Acesso ao Sumário

prazo de validade do concurso. Decreto estadual n. 61.466/2015 editado depois dessas vacâncias e de presumidos interesse e necessidade. Ordem de segurança que merece ser concedida. 1. Candidato habilitado em concurso público para Executivo Público junto à Secretaria de Estado da Administração Penitenciária, além das vagas disponibilizadas no edital. Na vigência do concurso, cargos preenchidos por melhores classificados ficaram vagos, por exonerações. 2. Existência de direito líquido e certo à nomeação do impetrante, a despeito de sua classificação além das vagas disponibilizadas no edital. A quantidade de vagas nele postas, até a expiração do prazo de validade do concurso, ainda estavam vagas. 3. Inolvidável a edição do Decreto Estadual n. 61.466/2015; entretanto, a vacância dessas vagas contidas no edital ocorreram antes de sua publicação; as posteriores há presunção de interesse e necessidade em suas ocupações. 4. Mandado de segurança que merece concessão, por patente direito líquido e certo a ser protegido.

É o relatório.

Eduardo Medeiros de Souza participou de concurso público e obteve a 9ª classificação para preenchimento de 6 cargos de provimento efetivo de Executivo Público destinados à sede da Coordenadoria de Unidades Prisionais da Região Central do Estado de São Paulo. O concurso fora homologado em 19-6-2014, fls. 107, e prorrogado uma vez e com prazo de validade expirado em 19-6-2018, fls. 113.

Laura de Almeida Bueno Moretto, Daniel Melo dos Santos, Flávia Augusta da Costa e Gisele Lopes da Costa, candidatos aprovados e classificados, respectivamente do 1º ao 4º lugar, foram nomeados em 11-7-2014, para exercerem, em caráter efetivo, o cargo de Executivo Público, fls. 108. Laura (1ª colocada) e Gisele (3ª colocada) foram exoneradas em 6-2-2015, fls. 109, e Daniel (2º colocado), em 16-8-2016, fls. 110.

Samuel Fernando Gonçalves da Cruz (5º colocado) fora nomeado em 8-9-2016, pelo mesmo decreto de nomeação do 6º colocado, Neumoel Stina Júnior, fls. 110, fls. 110. Em 17-11-2016, o Governador nomeou Fabrício Alastico (7º colocado) para exercer o cargo de Executivo Público, fls. 111. Por fim, em 19-11-2016, Samuel (5º colocado), foi também exonerado.

Sobre o tema, em duas oportunidades o Supremo Tribunal Federal, em julgamentos submetidos ao rito da Repercussão Geral, consolidou o entendimento de que o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital do concurso público, em regra, possui direito subjetivo à nomeação (RE nº 598.099-RG, relatado pelo Min. Gilmar Mendes, j. em 10-8-2011) e que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no

Acesso ao Sumário

edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Também reafirmou a orientação de que há direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas disponibilizadas pelo edital (RE nº 837.311/PI, relativo ao tema 784, relatado pelo Min. Luiz Fux, j. em 14-10-2015).

Em consequência do julgamento do RE nº 598.099/MS e do RE nº 837.311/PI, o Supremo Tribunal Federal vem decidindo que o direito à nomeação também se estende ao candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, mas que passe a figurar entre as vagas em decorrência da desistência de candidatos classificados em colocação superior:

"Direito administrativo. Agravo interno no recurso extraordinário com agravo. Concurso público. Candidato aprovado fora das vagas. Desistência de candidato melhor aprovado. Direito subjetivo à nomeação. Precedentes. Recurso protelatório. Imposição de multa. 1. O acórdão recorrido está alinhado com a jurisprudência desta Corte no sentido de que o direito à nomeação se estende ao candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, mas que passe a figurar entre as vagas em decorrência da desistência de candidatos classificados em colocação superior. Precedente. 2. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não houve fixação de honorários advocatícios (art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e Súmula 512/STF). 3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015." (STF, Ag. Reg. no RE com Ag. nº 1.058.317/MG, rel. Min. Roberto Barroso, j. em 1º-12-2017).

"Agravo interno no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Alegada violação ao artigo 5º, XXXV, da Constituição. Ausência de prequestionamento. Incidência das Súmulas 282 e 356 do STF. Concurso público. Candidato classificado, inicialmente, fora do número de vagas. Desistência de candidatos em colocação superior. Direito subjetivo à nomeação. Precedentes. Violação ao princípio da separação de poderes. Inocorrência. Recurso interposto sob a égide do Código de Processo Civil de 2015. Mandado de segurança. Impossibilidade de majoração de honorários advocatícios nesta sede recursal. Artigo 85, § 11, do CPC/2015. Agravo interno desprovido." (STF, Ag. Reg. no RE com Ag. nº 1.004.069/PE, rel. Min. Luiz Fux, j. em 24-4-2017).

"Constitucional e administrativo. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Concurso público. Direito subjetivo à nomeação. Art. 169, IV e § 1º, da Constituição Federal. Ausência de prequestionamento. Súmulas 282 e 356 do STF. Princípios da legalidade, do devido processo legal e da ampla defesa. Análise da legislação infraconstitucional. Ofensa

Acesso ao Sumário

meramente reflexa à constituição. Convocação de todos os candidatos dentro do número de vagas. Reabertura por desistência e falecimento de candidato convocado. Reconhecimento ao direito de nomeação do candidato subsequente. Constitucionalidade. Compatibilidade com o precedente. RE 598.099 (rel. Min. Gilmar Mendes, DJE de 03.10.2011) – Tema 161. Agravo regimental a que se nega provimento." (STF, Ag. Reg. no RE com Ag. nº 734.049/PB, rel. Min. Teori Zavascki, j. em 29-10-2013).

"Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Concurso público. Candidata aprovada, inicialmente, fora das vagas do edital. Desistência dos candidatos mais bem classificados. Direito a ser nomeada para ocupar a única vaga prevista no edital de convocação. Precedentes. 1. O Tribunal de origem assentou que, com a desistência dos dois candidatos mais bem classificados para o preenchimento da única vaga prevista no instrumento convocatório, a ora agravada, classificada inicialmente em 3º lugar, tornava-se a primeira, na ordem classificatória, tendo, assim, assegurado o seu direito de ser convocada para assumir a referida vaga. 2. Não se tratando de surgimento de vaga, seja por lei nova ou vacância, mas de vaga já prevista no edital do certame, aplica-se ao caso o que decidido pelo Plenário da Corte, o qual, ao apreciar o mérito do RE nº 598.099/MS-RG, Relator o Ministro Gilmar Mendes, concluiu que o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previstas no edital tem direito subjetivo à nomeação. 3. Agravo regimental não provido." (Ag. Reg. no RE com Ag. nº 661.760/PB, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 3-9-2013).

Vide também: Ag. Reg. no RE com Ag. nº 1.005.047/PB, rel. Min. Luiz Fux, j. em 10-2-2017; Ag. Reg. no RE com Ag. nº 956.521/ES, rel. Min. Roberto Barroso, j. em 18-10-2016; Ag. Reg. no RE com Ag. nº 916.425/BA, rel. Min. Roberto Barroso, j. em 28-6-2016.

No caso dos autos, o recorrido foi aprovado em 9º lugar no concurso em que o Edital nº 141/2013 previu a existência de 6 vagas – das quais uma reservada a portadores de necessidades especiais –, para o cargo de Executivo Público, destinadas para a Sede da Coordenadoria de Unidades Prisionais da Região Central do Estado, e os candidatos aprovados em 1º, 2º 4º e 5º lugares foram exonerados, dentro do prazo de validade do certame.

Dessa forma, sempre respeitando a ordem de classificação e a quantidade de vagas oferecidas, considerada a desistência dos 4 candidatos melhor classificados no concurso, dentro do prazo de validade, o impetrante passou da 9ª para a 5ª colocação, o que transforma a mera expectativa em direito líquido e certo à nomeação.

De outra banda, no caso, não socorre à Administração Pública a expedição do Decreto nº 61.466/2015, que veda a admissão e a contratação de pessoal, bem

Acesso ao Sumário

como o aproveitamento de remanescentes de concursos públicos com prazo de validade em vigor.

A uma porque o impetrante não é remanescente, já que aprovado dentro do número de vagas. A duas porque a Administração se manifestou de forma inequívoca sobre a necessidade de nomeação, já que o Decreto nº 61.466 é de **2-9-2015** e os candidatos Samuel, Neumoel e Fabrício foram nomeados em **setembro e novembro de 2016**, quando o decreto já vigia há mais de ano, e Daniel e Samuel foram exonerados, respectivamente, em **agosto e novembro também de 2016**, durante a vigência do decreto, podendo se presumir remanescer interesse e necessidade em ocupação do cargo vago, por candidato aprovado dentro do número de vagas disponibilizadas.

Portanto, demonstrada ofensa a direito líquido e certo do impetrante, por ato do Sr. Governador do Estado, é de rigor a concessão da ordem. Sem condenação em honorários advocatícios, enunciados das Súmulas 512 do Supremo Tribunal Federal e 105 do Superior Tribunal de Justiça e art. 25 da Lei n. 12.016/09.

Com base em tais fundamentos, **concede-se a ordem.**

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2137916-18.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante L.L.S., é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao agravo de instrumento, a fim de autorizar as visitas às crianças por parte da agravante. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.874)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 29 de outubro de 2018.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Decisão que, apreciando tutela de urgência, determinou o acolhimento institucional das crianças e suspendeu o direito de visita dos genitores – Elementos dos autos que indicam que a medida excepcional de institucionalização era a mais adequada à proteção dos interesses dos menores em situação de risco e vulnerabilidade – Efeito ativo parcialmente concedido – Restabelecimento do direito de visitas da genitora agravante – Ausente justificativa plausível para, por ora, impedir o exercício do direito de visitação – Agravo parcialmente provido para esse fim.

VOTO

Trata-se de *agravo de instrumento* interposto por **L.L.S.** contra a r. decisão, proferida nos autos da ação de acolhimento institucional ajuizada pelo

Ministério Público do Estado de São Paulo, que deferiu liminarmente a busca e apreensão dos menores A.L.L.S., nascida em (...), e B.H.L.S., nascido em (...), e seu acolhimento institucional, proibindo, ainda, a visitação por parte dos genitores.

Pretende a agravante, em resumo, a reforma da r. decisão agravada, a fim de que possa retomar a guarda e os cuidados dos filhos, ao argumento de que reúne condições de ter as crianças em sua companhia. Alega que pretende voltar a estudar e a trabalhar, sendo seu único problema a falta de recursos econômicos para bem cuidar dos filhos.

O efeito ativo pretendido foi concedido para o fim de suspender o efeito da decisão somente no que concerne ao exercício do direito de visitas dos genitores, mantido o acolhimento institucional (fls. 188/191).

Houve contraminuta (fls. 199/206).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer pelo parcial provimento do agravo, tão somente para permitir que a agravante exerça seu direito de visitas (fls. 209/211).

É o relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

Foi interposto o presente agravo contra a r. decisão que determinou a busca e apreensão das crianças A.L.L.S., nascida em (...), e B.H.L.S., nascido em (...), seguida de seu acolhimento, com proibição de visitas por parte dos genitores.

E as drásticas medidas foram adotadas diante da existência de fortes indícios de grave situação de risco a que expostas as crianças, as quais apresentavam sinais de falta de cuidados essenciais, sem falar na notícia de alcoolismo do genitor, colocando em risco a segurança dos infantes.

Busca a genitora, agora, reverter esta decisão, alegando possuir condições de bem cuidar dos filhos.

Acesso ao Sumário

Em sede de cognição sumária, compatível com este momento processual, somente é possível analisar a existência, ou não, dos requisitos legais para a concessão da tutela de urgência (artigo 300 e seguintes, do Código de Processo Civil), sob pena de se antecipar o julgamento de mérito, o que depende da observância do contraditório e da ampla defesa, com a produção de todas as provas que se fizerem necessárias.

No caso, mostravam-se suficientes para justificar o acolhimento institucional os elementos existentes nos autos, como medida de proteção aos infantes, em razão da grave situação de risco e vulnerabilidade a que estavam submetidos, à míngua de cuidados básicos de saúde e higiene.

Diante da falta de condições dos genitores de garantir os direitos mínimos

das crianças e da ausência de qualquer familiar com condições para tanto, outra alternativa não restava senão a excepcional medida de acolhimento.

Entrementes, no tocante ao direito de visitas, a r. decisão agravada não apresenta justificativa plausível para impedir o seu exercício.

A r. decisão recorrida suspendeu o direito de visitas com base na manifestação de fls. 19/20 (fls. 23) do Setor Técnico do Juízo – Estudo Social e Psicológico (fls. 97/98), que afirma: *avaliamos ser importante primeiro o comparecimento do casal para entrevista nos Setores Técnicos desta Vara na data de 19/06/18, às 16h, salas 317/323 (fls. 97)*. E acrescentou: *Na entrevista agendada serão esclarecidos os motivos que levaram ao acolhimento das crianças e serão avaliados os interesses do casal para com A.L., B. e M., o que subsidiará posterior manifestação quanto à manutenção das visitas* (fls. 98).

Da manifestação técnica, contudo, não se extraem razões que justifiquem a suspensão do direito de visitas.

Como é cediço, o direito em questão é imposto em benefício dos pais e filhos. Somente diante de situação concreta de risco é que se pode promover o afastamento pleno da criança do contato com os genitores, cabendo lembrar que o direito de visitas não se incompatibiliza com o acolhimento institucional.

É bem verdade que na r. decisão (fls. 186) o Juízo *a quo*, registrando a ausência de juntada do laudo psicossocial, relativo às entrevistas com a agravante, estabelece que, *em contato verbal com as técnicas que a atenderam constatou-se que o discurso da Sra. Vera quanto ao exercício da guarda dos três filhos de Leda é abstrato e que ela não apresenta condições para tanto. Assim, mantém a ordem de proibição de visitas*.

Nada obstante, o discurso abstrato em relação à fruição da guarda e a falta de condições para exercê-la não implica, necessariamente, na suspensão do direito de visitas.

Ao menos por ora, nada indica que a agravante deva se manter afastada dos filhos, uma vez que sempre compareceu às visitas e demonstrou ter fortes vínculos afetivos com eles, conforme se extrai dos relatórios técnicos recentemente acostados aos autos de origem.

Assim, mantém-se a liminar deferida, restringindo-se o seu alcance, porém, apenas e tão somente à genitora, ora recorrente.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou parcial provimento** ao agravo de instrumento, a fim de autorizar as visitas às crianças por parte da agravante.

Acesso ao Sumário

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 1001049-64.2018.8.26.0637/50000, da Comarca de Tupã, em que é agravante MUNICÍPIO DE TUPÃ, é agravado E.K.R.C. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo interno. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.674)**

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, 8 de novembro de 2018.

ARTUR MARQUES, Vice-Presidente e Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO. FORNECIMENTO DE VAGA EM CRECHE. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO E AO REEXAME NECESSÁRIO.

1. Acesso da criança à educação – ausência de intromissão indevida do judiciário em questões de outro poder

2. Inteligência dos artigos 205, 208, I e 211, § 2º, da CF, 53, V, 54, IV, e 208, I, do ECA e súmulas 63 e 65 deste Tribunal.

3. Posição pacífica desta Corte e dos Tribunais Superiores a respeito do tema.

4. A questão envolvendo o sobrestamento em razão do tema 548 do STF (AI nº 761.908-SC) apenas será apreciada na hipótese de eventual interposição de Recurso Extraordinário. Além disso, não houve qualquer determinação de sobrestamento de feitos que versem sobre o tema pelo Colendo Supremo Tribunal Federal.

Acesso ao Sumário

5. Agravo Interno não provido.

VOTO

1. Trata-se de agravo interno interposto pelo Município de Tupã contra a decisão proferida às fls. 260/264 dos autos principais, que deu parcial provimento ao reexame necessário e à apelação interposta contra a sentença de fls. 154/159 (autos de origem) a qual, em ação de obrigação de fazer, julgou procedente o pedido para determinar que o Município realize a matricula da autora na "CMEI José Mário de Paula Ribeiro", ou em outro estabelecimento que se situe em um raio de até 2 quilômetros da residência da criança, devendo ser fornecido transporte em caso diverso. A decisão monocrática apenas afastou a condenação ao pagamento de custas e despesas processuais, mantendo, no mais, a sentença em sua íntegra.

O agravante alega que a Constituição Federal somente garante a obrigatoriedade do ensino fundamental, que se inicia a partir dos quatro anos de idade, não sendo a inclusão de criança em estabelecimento de educação infantil direito público subjetivo a ser efetivado de forma indireta. Defende a necessidade de suspensão do feito em razão do tema nº 548 do STF. Assim, requer o provimento do presente agravo (fls. 01/06).

É o relatório.

2. Inicialmente, verifica-se que a questão envolvendo o sobrestamento em razão do tema 548 do STF (AI nº 761.908-SC) apenas será apreciada na hipótese de eventual interposição de Recurso Extraordinário. Além disso, destaque-se que não houve qualquer determinação de sobrestamento de feitos que versem sobre o tema pelo Colendo Supremo Tribunal Federal.

No mais, a obrigação de fazer imposta pela r. sentença ao Município, de disponibilizar gratuitamente vagas em creche próxima à residência dos menores, decorre dos artigos 205, 208, IV, e 211, § 2º, da Constituição Federal, e dos artigos 53, V, 54, IV, e 208, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais impõem ao Estado o dever de assegurar o efetivo exercício dos direitos das crianças e adolescentes.

Dispõe a Constituição Federal que os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil, enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente assegura atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos.

Ainda no mesmo sentido, para obtenção de vaga gratuita em unidade pública de educação infantil, há as súmulas 63 e 65 deste Tribunal.

Compete ao Poder Público municipal, frente a eventual insuficiência de vagas, tomar as providências necessárias para que essa deficiência seja suprida, não podendo eximir-se do dever que lhe foi imposto pela própria Constituição

Acesso ao Sumário

Federal.

No aparente conflito de normas que tratam do direito à educação, de um lado, e de matéria orçamentária, de outro, é indiscutível a prevalência do primeiro, em face dos artigos 1º, III, 3º, IV, e 5º, caput, da Constituição Federal, que tratam de princípios e direitos fundamentais.

Também não se pode falar em indevida intromissão do Judiciário no âmbito de atuação de outro Poder, pois apenas cumprida a obrigação constitucional de prestar a tutela jurisdicional e compor litígios que envolvem direitos fundamentais de incapazes, diante da inércia por parte da Administração Pública na implementação de políticas públicas que lhe foram determinadas pelo legislador constitucional, o que revela, com esse seu comportamento negativo, desprezo pela autoridade da Constituição.

Resta clara, portanto, a possibilidade do Poder Judiciário exigir o cumprimento, quando provocado, do direito das crianças interessadas e o correspondente dever da Municipalidade de possibilitar o exercício pleno do seu direito fundamental à educação, mediante matrícula em creche mantida pelo Poder Público municipal.

Dessa forma, não há razões que recomendem a reconsideração ou reforma da decisão hostilizada.

Por fim, para efeitos de prequestionamento, desnecessária a manifestação explícita do Tribunal de origem a respeito das normas invocadas, uma vez que para sua satisfação basta a implícita discussão à matéria impugnada.

3. Do exposto, **nega-se provimento ao agravo interno.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 1011630-26.2016.8.26.0309/50000, da Comarca de Jundiaí, em que é agravante MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ, é agravado P.D.A.N. (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 interno. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.799)**

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, 21 de novembro de 2018.

Acesso ao Sumário

ARTUR MARQUES, Vice-Presidente e Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO A MENOR PORTADOR DE DEPRESSÃO, PASSANDO POR TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL QUE JUSTIFICA A DISPONIBILIZAÇÃO GRATUITA DO MEDICAMENTO PRESCRITO. PREVALÊNCIA DAS NORMAS QUE TRATAM DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE. INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS 37, 65 E 66 DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. Respeitadas as ponderações feitas pelo agravante, o presente recurso não se funda em argumento novo capaz de reverter a decisão monocrática deste Relator, que apreciou todos os pontos veiculados, nada havendo para se decidir em sentido contrário.

2. 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.

3. 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.

4. Não há que se falar que a responsabilidade pelo fornecimento do tratamento pleiteado seja apenas do Estado de São Paulo, pois o artigo 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.

5. Agravo Interno não provido.

VOTO

1. Trata-se de agravo interno interposto pelo Município de Jundiaí contra decisão monocrática desta Vice-Presidente (fls. 128/133), que negou provimento à apelação e ao reexame necessário.

Acesso ao Sumário

O agravante alega, em síntese, do recurso especial nº 1.657/RJ, que no caso não encontra demonstrado que o tratamento disponibilizado pelo SUS é ineficaz, devendo ser aplicado desde logo. Aduz da impugnação quanto à doença alegada e da necessidade do medicamento. Afirma ilegitimidade passiva do Município, violação aos princípios da isonomia, orçamentários e do pacto federativo. Sustenta ainda que eventual imposição de multa afronta os artigos 884, do Código Civil e artigo 537 caput do CPC.

Requer assim seja em juízo de retratação, seja pelo julgamento da Turma Julgadora o provimento do presente recurso (fls. 1/24).

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. 128/133), que apreciou todos os pontos veiculados, nada havendo para se decidir em sentido contrário.

A questão ora em análise há tempos vem sendo debatida por esta Corte, tendo-se, hoje, por pacificada, conforme jurisprudência uniforme apresentada sobre o tema na decisão combatida.

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.

Acesso ao Sumário

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 médico, porque acompanha o paciente e possui conhecimento de todos os aspectos da moléstia, tem condições e capacidade técnica para decidir 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, e que as normas constitucionais

que tratam do direito à saúde não são meramente programáticas.

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.

Também é inquestionável a legitimidade do município para figurar no polo passivo da presente demanda, haja vista que, nos termos do artigo 195 da Constituição Federal, o custeio do sistema único de saúde é atribuído ao Executivo em todos os seus níveis, sem qualquer distinção.

Assim, 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.

Por seu turno, a obrigação de fazer imposta ao Município na r. sentença e mantida na decisão monocrática deste Relator (fls. 128/133) possibilitou o fornecimento do medicamento pleiteado, bem como encontra-se de acordo com o previsto nos artigos 1º e 11 da Lei nº 8.069/90 e nos artigos 1º, III, 3º, IV, e 5º, *caput*, da Constituição Federal, além de já pacificada pela jurisprudência desta E. Corte.

Desta forma, demonstrada a necessidade do fármaco requerido por ser o menor portador de depressão, passando por tratamento psiquiátrico (fls. 19/20), deve ser assegurada pelo ente público a sua disponibilização, proporcionando circunstâncias apropriadas de amparo à sua saúde.

Também não há que se falar em indevida intromissão do Judiciário no âmbito de atuação de outro Poder, pois apenas fez cumprir a obrigação constitucional de prestar a tutela jurisdicional e compor litígios.

De outra parte, a imposição de multa contra o Município está de acordo com o disposto no artigo 536, § 1º, do Código de Processo Civil, e com o artigo 213, *caput*, e § 2º da Lei 8.069/90, e sua aplicação garante a efetividade da decisão.

Resta claro, portanto, o direito do menor e o correspondente dever da municipalidade de possibilitar o exercício pleno da garantia fundamental à saúde, mediante o fornecimento do medicamento pleiteado, como ressaltado na decisão monocrática contra a qual se insurge o ora agravante.

Dessa forma, não há razões que recomendem a reconsideração ou reforma da decisão hostilizada.

3. Do exposto, **nega-se provimento ao agravo interno.**

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002899-60.2018.8.26.0318, da Comarca de Leme, em que é apelante C.F.G. (MENOR), é apelada FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.694)**

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, 6 de novembro de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: APELAÇÃO.

Cumprimento de sentença. Obrigação de fazer. Fornecimento de medicamentos. Multa cominatória. Ilegitimidade da menor para exigi-la. Apenas o Ministério Público e as demais entidades previstas na lei estão legitimados a essa execução (art. 214, § 1º, do ECA). Sentença de extinção mantida.

Nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta por C.F.G. (nascida em (...)) contra a decisão (fl. 62), em **cumprimento de sentença** de multa diária por inobservância da obrigação de fazer, julgando extinto o processo, sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 485, inciso VI do CPC.

Sustentou, em resumo, não há ilegitimidade de parte e a multa deve ser revertida à autora (fls. 68/76).

Vieram as contrarrazões (fls. 79/82). Opinou a Douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do apelo (fls. 95/97).

É o relatório.

2. Infundada a pretensão recursal.

Embora a apelante tenha legitimidade para pleitear a imposição da multa e sua eventual majoração, caso comprovada a ineficácia da medida primitiva, **não** está legitimada a exigi-la. A verba **não** lhe pertence, mas ao Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município (art. 214, do ECA), cabendo a sua execução ao Ministério Público e demais entes indicados no art. 210 do ECA, e **não** à menor.

Neste sentido, pacífica a jurisprudência desta **C. Câmara**:

"Apelação e Recurso Oficial. Embargos à Execução. Ação de obrigação de fazer julgada procedente. Execução de multa pelo atraso no cumprimento da liminar. Embargos à execução buscando sua exclusão ou redução. Ilegitimidade ativa reconhecida de ofício, considerando que a criança não tem legitimidade para promover execução de astreintes. Inteligência do art. 214 e § 1º, do ECA. Extinção do processo. Apelo da Fazenda Pública do Estado prejudicado." (TJSP, AC nº 0008065-14.2013.8.26.0071, V.U., j. de 13/04/2015, Rel. Des. **PINHEIRO FRANCO**).

"Apelação – descumprimento de decisão liminar que obrigou o Município ao fornecimento de insumos à menor – execução de multa diária promovida pela autora, alegando descumprimento – oposição de embargos – sentença parcialmente procedente – ilegitimidade ativa da exequente – multa cominatória que se reverte ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo Município – inteligência do artigo 214, caput e § 1º, c.c. Artigo 210, do ECA – extinção, de ofício, da execução – apelação prejudicada." (TJSP, AC nº 0005079-45.2015.8.26.0224, V.U., j. de 16/11/2015, Rel. Des. **EROS PICELI**).

"MENOR. Concessão de vaga na rede municipal de ensino. Condenação da Municipalidade ao pagamento de honorários advocatícios e astreintes. Execução da multa proposta pelo Ministério Público. Embargos à execução da multa opostos pelo Município, julgados improcedentes. Alegação de descabimento da cobrança da multa diária e desproporcionalidade do valor cobrado. Matéria já decidida na fase de conhecimento, com formação de coisa julgada material. Possibilidade de sua imposição para reforçar obrigação de cunho constitucional. Valor fixado, na hipótese, que atendeu aos preceitos da razoabilidade e proporcionalidade. Descabimento de sua redução. Apelo desprovido." (TJSP, AC nº 9000083-82.2013.8.26.0008, V.U., j. de 26/10/2015, Rel. Dr. **CARLOS DIAS MOTTA**).

E ainda: AI nº 3.001.496-86.2018, j. 1º.10.18, Rel. Des. **ANA LÚCIA ROMAGNOLE MARTUCCI**; AC nº 0.002.815-87.2017.8.26.0320, j. 08.10.18, Rel. Des. **ISSA AHMED**; AC nº 0.000.485-52.2017.8.26.0180, j. 24.09.28 e AI nº 3.000.729-48.2018.8.26.0000, j.06.08.18 que fui relator.

Acesso ao Sumário

Cumpre destacar parecer da Douta Procuradoria:

"De se notar que a destinação especial não é prejudicial à criança ou ao adolescente, já que a maior abrangência de verbas destinadas ao fundo especial tem por objetivo a obtenção de recursos suficientes para promover, com mais eficácia e amplitude, os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, evitando-se o ajuizamento de novas demandas individuais, em especial, sobre o mesmo tema e, desta forma, está em plena consonância com o princípio constitucional da prioridade absoluta." (fl. 96)

De rigor, portanto, manter a extinção.

Desnecessárias maiores considerações.

3. Nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1011245-25.2017.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante E. DE S. P., é apelado P. DE J. V. I. E J. DE P. G.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Em conformidade ao art. 942 e parágrafos do NCPC, no julgamento estendido decidiram: Por maioria, não conheceram do recurso e determinaram a remessa dos autos a uma das Câmaras da Seção de Direito Público deste Tribunal (1ª a 13ª Câmaras), vencida a Relatora Sorteada que declarará voto. Acórdão com 2º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.298)**

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), XAVIER DE AQUINO (DECANO) e EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 29 de outubro de 2018.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator Designado

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MINISTÉRIO PÚBLICO – PRETENSÃO DE CONDENAÇÃO DO MUNICÍPIO À REALIZAÇÃO DE OBRAS PARA OBTENÇÃO DE AUTO DE VISTORIA DO CORPO DE BOMBEIROS EM ESCOLA ESTADUAL –

INCOMPETÊNCIA DA CÂMARA ESPECIAL – QUESTÃO QUE NÃO ENVOLVE CRIANÇAS EM SITUAÇÃO DE RISCO EM RELAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À EDUCAÇÃO – INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 98, 148 E 208, ECA E ART. 33, RITJSP – COMPETÊNCIA DE UMA DAS CÂMARAS DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO – RECURSO DE APELAÇÃO NÃO CONHECIDO, DETERMINANDO-SE A REDISTRIBUIÇÃO DO PROCESSO À SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO.

VOTO

Adoto o relatório da eminente Relatora sorteada, DES.ª DORA MARTINS, mas, em que pese o brilho dos seus argumentos, sempre lúcidos, ouso deles divergir, por entender que o recurso sequer comporta conhecimento, mercê da incompetência absoluta desta Colenda Câmara Especial.

A presente ação civil pública tem por objeto condenar o Município de Praia Grande a realizar as obras necessárias à obtenção de *Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros* que ateste a regularidade do prédio em relação à segurança contra incêndios. Ou seja, trata-se de obra de ***interesse coletivo*** *de todos os alunos* da escola, não significando, de maneira específica e direta, ***questão afeta à regular oferta de educação***, em cumprimento ao comando constitucional e legal referente a tal direito fundamental de crianças e adolescentes.

De plano, há de se reconhecer que a competência da Câmara Especial, para fins de apreciação de matéria atinente à infância e juventude, é prescrita de forma limitada e restrita, não admitindo interpretação extensiva. Nos termos do art. 33, § único, IV, do RITJSP, a C. Câmara Especial tem competência recursal para julgar feitos em que se discuta questões diretamente **afetas à infância e juventude:**

> *"**Art. 33.** A Câmara Especial, presidida pelo Vice-Presidente do Tribunal, é integrada pelos Presidentes das Seções e pelo Decano.*
>
> ***Parágrafo único.** Competirá à Câmara Especial processar e julgar:*
>
> *I – as exceções de suspeição e impedimento de juiz de primeiro grau;*
>
> *II – os conflitos de competência entre juízes e de atribuição, ressalvada a competência do Órgão Especial;*
>
> *III – os agravos de instrumento em exceções de incompetência, quando a matéria incluir-se na sua competência recursal;*
>
> *IV – os processos originários e **os recursos em matéria de Infância e Juventude;***
>
> *V – os recursos das decisões originárias do Corregedor Geral da*

Acesso ao Sumário

Justiça, nos processos disciplinares relativos a titulares e servidores das serventias judiciais, delegados dos serviços notariais e de registro e oficiais de justiça".

O caso em questão, respeitado o entendimento diverso, não se insere nas hipóteses de competência da Justiça da Infância e Juventude estabelecidas em *numerus clausus* no art. 148, do Estatuto da Criança e do Adolescente, nem se observa comprovação – ou indicação, como causa de pedir, de *situação de risco das crianças beneficiadas*, nos termos previstos no art. 98, do mesmo Diploma:

*"**Art. 148.** A Justiça da Infância e da Juventude é competente para:*

I – conhecer de representações promovidas pelo Ministério Público, para apuração de ato infracional atribuído a adolescente, aplicando as medidas cabíveis;

II – conceder a remissão, como forma de suspensão ou extinção do processo;

III – conhecer de pedidos de adoção e seus incidentes;

IV – conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209;

V – conhecer de ações decorrentes de irregularidades em entidades de atendimento, aplicando as medidas cabíveis;

VI – aplicar penalidades administrativas nos casos de infrações contra norma de proteção à criança ou adolescente;

VII – conhecer de casos encaminhados pelo Conselho Tutelar, aplicando as medidas cabíveis.

(...)

***Art. 98.** As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:*

I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;

III – em razão de sua conduta".

No que diz respeito à competência para o conhecimento de ações civis públicas propostas pelo Ministério Público, para fins de tutela de interesses individuais, difusos e coletivos de crianças e adolescentes, há de se considerar, também, a vinculação ao procedimento do ECA – e, consequentemente, da competência especializada –, a hipóteses em que caracterize **o não oferecimento ou oferta irregular dos serviços públicos previstos no art. 208**, a saber:

*"**Art. 208.** Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular:*

I – do ensino obrigatório;

II – de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência;

III – de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade;

IV – de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

V – de programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental;

VI – de serviço de assistência social visando à proteção à família, à maternidade, à infância e à adolescência, bem como ao amparo às crianças e adolescentes que dele necessitem;

VII – de acesso às ações e serviços de saúde;

VIII – de escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade;

IX – de ações, serviços e programas de orientação, apoio e promoção social de famílias e destinados ao pleno exercício do direito à convivência familiar por crianças e adolescentes;

X – de programas de atendimento para a execução das medidas socioeducativas e aplicação de medidas de proteção;

XI – de políticas e programas integrados de atendimento à criança e ao adolescente vítima ou testemunha de violência".

Percebe-se, com clareza, que a pretensão de ***regularização da construção do prédio da escola***, com a obtenção de Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros, embora traduza *benefício indireto* a todas as crianças frequentadoras da escola e aumento da segurança de todos que frequentam o prédio, ***não diz respeito ao acesso ao ensino obrigatório ou atendimento educacional em creche e pré-escola***, previstos no art. 208, I e III, do ECA.

Em razão disso, **não há competência desta Câmara Especial**, à vista da **inexistência de situação de risco configuradora da incidência da regra do art. 148, do Estatuto da Criança e do Adolescente.**

É que a competência especializada da Infância e da Juventude, em **matéria educacional**, vincula-se à garantia do *direito de acesso e permanência em entidade de ensino*, dirigido o comando, pela Constituição Federal, aos ***entes públicos da administração pública direta, mais especificamente os Municípios e o Estado.***

Estes, pelo comando do art. 208, da Constituição Federal, têm o *dever* de garantir a qualquer criança ou adolescente o acesso à educação formal, seja por conta de ingresso originário, seja, como o caso, em decorrência de transferências forçadas pela mudança de domicílio da criança beneficiária.

Não diz respeito, sob pena de ampliação demasiada do conceito de situação de risco previsto no art. 148, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a situações que estejam ligadas à ***gestão da unidade escolar***, à correta execução

Acesso ao Sumário

do orçamento público destinado à educação ou ao regular funcionamento de unidade.

Diz respeito, repito, a questões atinentes ao acesso e permanência na escola, vinculado ao conteúdo mínimo previsto pela Constituição e legislação ordinária no que tange ao acesso à educação.

Ampliar-se a competência da Câmara Especial para situações em que se discuta, em linhas finais, a qualidade do ensino e das instalações da escola, ou as escolhas administrativas no que diz respeito à realização do orçamento da educação que atinjam a unidade em questão, seria diminuir, por via reflexa, a importância que se deve dar ao núcleo de direitos previstos de forma restrita no Estatuto.

Ante o exposto, pelo meu voto, **não conheço** do apelo voluntário e da remessa necessária, declarando a incompetência desta Câmara Especial e determinando a remessa dos autos a uma das Câmaras da Seção de Direito Público deste Egrégio Tribunal de Justiça.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 8.312)

Trata-se de recurso de apelação interposto pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo nos autos da Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, manifestando seu inconformismo à r. sentença de fls. 167/170, que julgou procedente o pedido, tornando, assim, definitiva a liminar, para CONDENAR o ESTADO DE SÃO PAULO na obrigação de realizar a imediata execução de obras e instalação de equipamentos de prevenção e combate a incêndios na Escola Estadual Pedro Paulo Gonçalves Lopes, conforme projeto aprovado pelo Corpo de Bombeiros, apresentando Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros – AVCB que ateste a conformidade das instalações com o projeto aprovado, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R$ 1.000,00 (mil reais), limitada ao teto de R$ 100.000,00 (cem mil reais), em caso de descumprimento, a ser revertido ao Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, sem prejuízo de responsabilidade administrativa e penal pelo descumprimento da ordem judicial.

Acesso ao Sumário

Inconformado, o apelante sustenta que a Diretoria Regional de Ensino de São Vicente já tomou as providências iniciais para a regularização da aludida edificação, para a execução de obras e instalação de equipamentos de prevenção e combate a incêndios e, por isso, não havia razão para a condenação da apelante. Aduz que a realização das obras depende da aprovação do projeto pelo Corpo de Bombeiros, além da evidente e necessária viabilização de recursos orçamentários junto à Secretaria Estadual de Educação para poder iniciar

o processo licitatório e contratação da empresa que vai executar as obras de manutenção e recuperação do prédio, não sendo possível, portanto, a execução imediata do projeto elaborado e das obras de reforma para posterior aprovação pelo Corpo de Bombeiros. Defende que mais prudente e razoável seria a fixação de um prazo, não inferior a 365 dias, para a realização de toda a obra e a obtenção do AVCB junto ao Corpo de Bombeiros. Insurge-se ainda contra a multa diária imposta, alegando tratar-se de aleatória e exagerada, não guardando relação com a obrigação imposta e que o valor eventualmente arrecadado não deve ser revertido ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Diante dos argumentos, requer-se seja dado provimento ao recurso para que a r. sentença de primeiro grau seja reformada, com a extinção do feito sem a resolução do mérito, ou então, no caso de manutenção da r. sentença, que ela seja reformada parcialmente, para que o prazo para a conclusão de toda a obra seja fixado em 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias, e que a multa diária seja reduzida para R$ 200,00 (duzentos reais), limitada a R$ 14.642,28, e que seja utilizada pela Apelante exclusivamente na referida obra (fls. 174/179).

Recebido o recurso no efeito devolutivo apenas (fls. 183), foram apresentadas as contrarrazões (fls. 186/189) e a douta Procuradoria Geral de Justiça, nesta instância, opinou pelo improvimento do apelo (fls. 194/196).

É o relatório.

Respeitado o entendimento da douta maioria da Turma Julgadora, entendo que a sentença recorrida merecia ser mantida.

Trata-se de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em razão do desatendimento, pelo Estado de São Paulo, no que concerne à regularização dos sistemas de segurança, em especial quanto à expedição do Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros, de acordo com a legislação vigente.

A r. sentença recorrida, que julgou procedente a ação condenando o Estado de São Paulo a providenciar os Autos de Vistoria do Corpo de Bombeiros em relação à escola estadual Pedro Paulo Gonçalves Lopes, localizada na Comarca de Praia Grande, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais), limitada ao teto de R$100.000,00 (cem mil reais), merece ser confirmada.

A pretensão do autor está diretamente ligada ao direito à educação, que é direito fundamental, previsto em normas constitucionais de eficácia plena.

Ao Poder Público compete o fornecimento dos meios necessários e adequados para que a criança ou o adolescente não tenha, de qualquer forma, seu direito fundamental obstado, sob pena de ocasionar irreparáveis danos ao seu desenvolvimento.

Também é dispositivo constitucional a garantia à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, ao direito à vida, à saúde, à alimentação à educação,

Acesso ao Sumário

ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, dentre outros. E à família, sociedade e Estado cabem o dever de assegurar tais direitos, nos termos do art. 227.

A pretensão do recorrido está acobertada pelo caráter prioritário do atendimento, em razão de tratar-se de pessoa em desenvolvimento, vigorando o princípio da Proteção Integral da criança e do adolescente.

Por se tratar de direito fundamental, a despesa é compulsória, competindo a todos os entes da Federação disciplinar suas receitas para o integral cumprimento da obrigação, não havendo que se falar em discricionariedade no que tange à avaliação da viabilidade material, conveniência e oportunidade, ou ordem de fila para estabelecer suas prioridades administrativas e a forma de alcançá-las.

Em questões afetas aos bens jurídicos tutelados, por envolverem direitos e garantias fundamentais, não dispõem os entes federados de discricionariedade, estando vinculados ao arcabouço de normas constitucionais e infraconstitucionais que lhes impõem tais obrigações como serviços públicos relevantes e essenciais, na medida das necessidades da população, às quais devem atender prioritariamente.

É incontroverso, pois, o direito da criança a local seguro para escolarização e a recorrente não logrou êxito em comprovar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do referido direito, restando afastados os argumentos expostos no apelo ora apreciado, até mesmo em razão do longo período em que o ente público está ciente da situação da escola estadual e até a presente data não demonstrou efetiva medida para cumprir a obrigação a ela imposta.

Não há como admitir, ainda, que postergue a regularização do prédio de acordo com o auto de vistoria de bombeiros, pois desde os anos de 2016 o Estado já tinha conhecimento do Inquérito Civil em trâmite na Promotoria de Justiça, ocasião em que não tomou providências administrativas, cuja alternativa que restou ao Ministério Público foi a propositura da presente ação civil pública.

A leitura atenta dos autos revela que não se controverte a respeito da necessidade dos Autos de Vistoria do Corpo de Bombeiros, inclusive por tratar-se de ato vinculado, não havendo lugar para oportunidade e conveniência. É que não se invoca discricionariedade contra legalidade.

Questões orçamentárias, por outro lado, não têm o condão de procrastinar o cumprimento de obrigação *ex lege*, mormente se se considerar a proteção integral e o superior interesse dos menores.

O valor da multa imposta mostra-se razoável e proporcional, não se justificando a redução com limitação ao valor do serviço a ser executado, pois não promoveria ao recorrente a finalidade da multa que é forçar o cumprimento da obrigação.

Também correta a reversão do valor eventualmente arrecadado ao

Acesso ao Sumário

Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, pois nesse sentido cumpre-se integralmente o disposto no art. 214 do ECA, aplicável ao caso, não se justificando o afastamento da norma, inclusive porque a função da multa não é garantir o cumprimento imediato da obrigação, como alega a apelante.

Ante o exposto, pelo meu voto, respeitada a convicção da douta maioria, **NEGAVA PROVIMENTO** ao recurso, nos termos acima explicitados.

Dora A. Martins, Desembargadora, Relatora sorteada vencida

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006066-19.2018.8.26.0302, da Comarca de Jaú, em que é apelante MUNICÍPIO DE JAÚ, é apelado A.L.G.S. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso de apelação e deram parcial provimento ao reexame necessário, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52836)**

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, 22 de novembro de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO DE APELAÇÃO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRETENSÃO À OBTENÇÃO DE VAGA EM UNIDADE EDUCACIONAL INFANTIL MANTIDA PELA MUNICIPALIDADE, PRÓXIMA À RESIDÊNCIA DA CRIANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL AUTOAPLICÁVEL, PREVISTO NOS ARTIGOS 205 E 208, IV, CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ATRIBUIÇÃO DA MUNICIPALIDADE. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA COMO MEIO COERCITIVO AO

Acesso ao Sumário

CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO PELA FAZENDA PÚBLICA. VALOR DIÁRIO QUE DEVE SER REDUZIDO PARA R$ 250,00 (DUZENTOS E CINQUENTA REAIS), LIMITADO A R$ 25.000,00 (VINTE E CINCO MIL REAIS). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE E DA SUCUMBÊNCIA. VALOR FIXADO COM MODERAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO PROVIDO EM PARTE E RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação e reexame necessário, nos autos de ação de rito comum ajuizada por A.L.G.S., representada por seu genitor, contra o Município de Jaú. A sentença a fls. 77/80, cujo relatório se adota, julgou procedente a demanda para, confirmando a tutela antecipada concedida (fls. 31/32), condenar o Município a proporcionar e manter concedida a vaga para a criança na creche mais próxima de sua residência, sob pena de multa diária no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais), além do pagamento de honorários sucumbenciais no valor de R$ 700,00 (setecentos reais).

O Município recorrente, em síntese, alega que a interpretação do artigo 208, IV, da Constituição Federal não há que ser simplista, posto que a efetivação do nele contido demanda muito mais do que a disponibilização de vagas e a construção de prédios para instalação de creches e pré-escolas pelo Município, mas também a realização de concurso público para a seleção de servidores, aquisição de imóveis, dentre outras providências, necessitando, portanto, de um planejamento prévio do Estado que não pode se dar de imediato. Aduz que a autoaplicabilidade do referido dispositivo legal não é violada quando for demonstrado que o Município realiza efetivamente uma política pública séria na área educacional, devendo o artigo 218, IV, ser analisado em conjunto com o artigo 241, II, também da Constituição Federal (fls. 90). Requer a observância do disposto nos Planos Nacional e Municipal de Educação, dos princípios da separação dos poderes, da proporcionalidade e da razoabilidade e pugna, nesses termos, pelo provimento do recurso e, subsidiariamente, a redução do montante arbitrado a título de honorários advocatícios (fls. 86/98).

Apresentadas contrarrazões (fls. 108/125), subiram os autos e a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela manutenção da sentença (fls. 137/140).

É o relatório.

Além do recurso de apelação, há reexame necessário, nos termos do art.

Acesso ao Sumário

496, § 2º, do Código de Processo Civil em vigor, e da Súmula nº 490 do Superior Tribunal de Justiça, editada na vigência do Código de Processo Civil de 1973.

Não é o caso de dar provimento ao recurso da Municipalidade, porém, o reexame necessário deve ser parcialmente provido.

O Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento de que, em caso de inércia do Poder Público que represente violação de direito garantido na Constituição por norma de caráter programático, poderá o Poder Judiciário formular e implantar políticas públicas: *"ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL'. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). / (...) Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. Celso de Mello) –, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: 'DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. – O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um* facere *(atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. – Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a*

Acesso ao Sumário

torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere *ou* non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. – A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.' (RTJ 185/794-796, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno). É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (José Carlos Vieira de Andrade, 'Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976', p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política 'não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado' (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello). / (...) Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...) Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que,*

Acesso ao Sumário

se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado" (ADPF 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.04).

Portanto, em caso de desrespeito ao direito constitucional à educação, é admissível a intervenção do Poder Judiciário para sua efetiva implementação, sem que esteja configurada violação ao princípio da separação dos Poderes.

De fato, preconiza o art. 205, da Constituição Federal, que é dever do Estado garantir a promoção da educação, cujo ensino será público e gratuito, nos termos do artigo 206, inciso IV, da Magna Carta, e o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, acarretará a responsabilidade da autoridade competente (artigo 2018, § 2º da Constituição Federal).

Em complemento, o artigo 53, inciso V, do Estatuto da Criança e do Adolescente, assegura aos menores o acesso à escola pública e gratuita próxima de suas residências.

É de se ressaltar, que a escolha da unidade educacional mais próxima da residência da criança compete à Administração Pública, de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade, e deve ser interpretada no sentido de que a instituição seja localizada até dois quilômetros da moradia, salvo se constatada alguma necessidade especial. É inviável, de outro lado, a escolha de escola específica pelo agravante (Reexame Necessário nº 1010272-35.2015.8.26.0576, Rel. Issa Ahmed, j. 14.12.15).

Caso a instituição de ensino fique a mais de dois quilômetros da residência da criança, compete à Administração Pública providenciar o transporte gratuito.

No mais, as Súmulas nº 63 e nº 65 deste Tribunal de Justiça preveem, respectivamente, que *"é indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território"*, e que *"não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e*

Acesso ao Sumário

transporte a crianças ou adolescentes".

A multa diária é plenamente aplicável à Administração Pública, conforme precedente do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp 1299694/RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 29.10.15). Porém, no caso concreto, é excessivo e desproporcional o valor diário de R$ 500,00 (quinhentos reais), razão pela qual reduzo o valor arbitrado para R$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) por dia de descumprimento, limitado ao total de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

No mais, vencido o Município, são devidos honorários advocatícios em favor do patrono da parte contrária, ainda que seja representada pela Defensoria Pública.

Nos termos da Lei Complementar Estadual nº 988/06, constituem receitas da Defensoria Pública do Estado, *"os honorários advocatícios fixados nas ações em que houver atuado"* (art. 8º, III), sendo dever dos membros da Defensoria *"zelar pelo recolhimento ou promover a cobrança de honorários advocatícios, sempre que o necessitado for vencedor da demanda ou houver arbitramento judicial* (...)" (artigo 164, XVIII).

Não é caso de aplicação da Súmula nº 421 do C. Superior Tribunal de Justiça ("*os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença*"), já que a Defensoria Pública pertence ao Estado de São Paulo, pessoa jurídica de direito público diferente e autônoma do Município. Assim, está correta a condenação do Município ao pagamento dos honorários advocatícios.

Os honorários foram fixados com razoabilidade e moderação e são, por isso, confirmados, já considerado o trabalho adicional realizado em grau recursal, nos termos do art. 85, § 8º, do Código de Processo Civil, sobretudo à míngua de recurso da parte contrária requerendo majoração.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso de apelação e dou parcial provimento ao reexame necessário, nos moldes acima explicitados.

Acesso ao Sumário

Apelações/Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1042091-70.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ESTADO DE SÃO PAULO, SECRETÁRIO DE SAÚDE DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado E.L.B. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram prejudicado o recurso de apelação da Fazenda Pública do Estado de São Paulo e deram provimento ao reexame necessário, conforme constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52544)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 29 de outubro de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO DE APELAÇÃO. INFÂNCIA E JUVENTUDE. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO, EQUIPAMENTO E INSUMOS A ADOLESCENTE PORTADOR DE DIABETES MELLITUS TIPO 1 (INSULINODEPENDENTE CID E 10.9). SENTENÇA PROFERIDA POR JUÍZO DA 7ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. DEMANDA FUNDADA EM INTERESSE INDIVIDUAL RELATIVO AO ACESSO A AÇÕES E SERVIÇOS DE SAÚDE. ADOLESCENTE EM SITUAÇÃO DE RISCO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. SENTENÇA NULA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO QUE DEFERIU A MEDIDA LIMINAR. RECURSO DE APELAÇÃO PREJUDICADO E REEXAME NECESSÁRIO PROVIDO, COM DETERMINAÇÃO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação e reexame necessário da sentença proferida no mandado de segurança impetrado por E.L.B., representado por sua genitora, contra ato do Secretário de Saúde do Estado de São Paulo. A sentença a fls. 107/113 concedeu parcialmente a ordem, confirmando a tutela de urgência concedida, para determinar que o réu forneça ao autor a medicação, o equipamento (bomba de infusão) e os respectivos insumos requeridos dentre aqueles existentes no mercado e que atendam aos padrões mínimos de garantia, segurança à saúde e conforto ao usuário, na forma estabelecida na sentença, bem como de acordo com a prescrição médica, exceto quanto a marca e modelo dos

insumos e equipamentos.

Ao recurso oficial, soma-se o apelo voluntário da Fazenda Pública do Estado de São Paulo (fls. 116/137). Alega, em síntese, que o portador de Diabetes conta com um vasto conjunto de medicamentos fornecidos pelo SUS, sem que qualquer necessidade deixe de ser suprida pelo Estado. Aduz que as bombas de insulina são aparelhos de alto custo e de uso restrito para casos específicos de impossível controle glicêmico, não sendo distribuídos indiscriminadamente pela rede pública de saúde. Invoca o princípio da separação dos poderes. Requer o provimento do recurso (fls. 116/137).

Sem a apresentação das contrarrazões, subiram os autos e a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento (fls. 151/156).

É o relatório.

Há reexame necessário conforme o art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09.

O autor é portador de Diabetes Mellitus Tipo 1 (insulinodependente CID E 10.9) e pretende o fornecimento gratuito pelo Poder Público de uma unidade do sistema de infusão de insulina com monitoramento contínuo de glicose e com suspensão automática para hipoglicemias-Paradigm VEO 754; uma caixa ao mês de cateter Quick Set MMT 397-9 mm; uma caixa com uma unidade ao ano de aplicador para cateter Quick Set-MMT 395; uma caixa ao mês de reservatório de 3 ml-MMT 332A; um sistema transmissor Minilink ao ano-MMT 7707NA; uma caixa com cinco unidades ao mês de sensores de glicose Enlite-MMT 700A; uma unidade de aplicador para sensor Enlite-MMT 7010; uma unidade de Carelink USB-MMT 7305; dois frascos de 10 ml por mês de insulina Lispro (fls. 21).

O mandado de segurança foi processado e julgado no Juízo da 7ª Vara da Fazenda Pública da Capital.

Contudo, compete à Vara da Infância e da Juventude processar e julgar demandas fundadas em interesses individuais relativos ao acesso a ações e serviços de saúde por crianças ou adolescentes, conforme arts. 98, I, 148, VI, 208, VII e 209 do ECA. Além disso, trata-se de pretensão de adolescente em situação de risco, pois há alegada violação de direito fundamental à saúde por omissão do Estado (art. 227, caput e § 1º, da Constituição Federal e art. 98, I, do ECA). Assim, as normas protetivas e especiais do referido estatuto prevalecem sobre a regra geral de competência do Código de Processo Civil. Portanto, tendo em vista que a demanda não foi processada e julgada por Juízo da Vara da Infância e Juventude, em comarca onde estão instaladas as varas especializadas, de rigor o reconhecimento da nulidade do feito a partir da decisão de fls. 47/50, com a consequente remessa dos autos àquele competente, nos termos do art. 64, § 3º, do Código de Processo Civil, para regular processamento.

Acesso ao Sumário

De resto, para garantir os interesses do adolescente, em atenção à sua

proteção integral, é caso de manutenção dos efeitos da tutela de urgência concedida (fls. 47/50) até deliberação da autoridade competente a respeito.

Pelo exposto, julgo prejudicado o recurso de apelação da Fazenda Pública do Estado de São Paulo e dou provimento ao reexame necessário, para os fins acima explicitados.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0017748-21.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 16ª VARA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito e declararam a competência do Juízo da 3ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital, ora suscitante. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.437)**

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, 22 de outubro de 2018.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: Conflito de Competência – Ação Ordinária movida por servidores públicos objetivando o recebimento do Prêmio de Incentivo à Saúde calculado sobre os 13ºs salários, adicional de férias, adicional por tempo de serviço e sexta parte percebidos – Litisconsórcio ativo facultativo reunindo 6 (seis) autores – Para fins de definição de competência o valor da causa dever ser considerado individualmente – Conflito julgado procedente, declarada a competência do Juízo da 3ª Vara do Juizado Especial da Fazenda

Acesso ao Sumário

Pública da Capital, ora suscitante.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência, suscitado pelo Juízo da 3ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública em face do Juízo da 16ª Vara da Fazenda Pública, ambos da Comarca da Capital, nos autos da ação declaratória de obrigação de fazer c.c. com pagamentos de atrasados ajuizada por Maria do Rosario Lima dos Santos, Maria Zelia da Silva Buzelin, Rosa Maria Ferraz Nobre, Nair Resende, Edson Tavares Felipe e Elaine Solange Galhardo Satyro de Souza, todos servidores públicos em face da Fazenda do Estado de São Paulo objetivando o recebimento do Prêmio de Incentivo à Saúde calculado sobre os 13ºs salários, adicional de férias, adicional por tempo de serviço e sexta-parte percebidos conforme cópias fls. 12/25.

O MMº Juiz de Direito da 16ª Vara da Fazenda Pública, para o qual a ação foi distribuída originariamente, houve por bem declinar de sua competência, tendo em vista que o proveito econômico individualmente perseguido por cada um dos autores é inferior a 60 (sessenta) salários mínimos, e determinou a redistribuição da demanda para uma das Varas dos Juizados Especiais da Fazenda Pública da Capital (fls. 6/9).

O Juízo Suscitante, por sua vez, sustenta que o valor da causa é uno não podendo ser considerado individualmente para fins de fixação de competência. Aduz, ainda que o pedido formulado pelos autores ultrapassa ao montante de 60 salários mínimos sendo inegável reconhecer a complexidade da matéria discutida nos autos. Alega, ademais, que a competência do Juizado Especial da Fazenda Pública é fixada para causas cujo valor seja de no máximo 60 salários mínimos (fls. 2/5).

Designou-se o Juízo Suscitante para apreciar e resolver as medidas urgentes (fl. 27).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça deixou de oferecer manifestação por entender que o presente conflito não está inserido em nenhuma das hipóteses de intervenção do Ministério Público, nos termos do artigo 178 do CPC e conforme dispõe o artigo 951, parágrafo único, do mesmo diploma legal (fls. 31).

É o relatório.

Está configurado, no caso em testilha, o conflito negativo de competência, porquanto ambos os juízos se declaram incompetentes para processar e julgar a demanda.

Do que consta dos autos, verifica-se que a ação ordinária foi distribuída, originariamente, por direcionamento, à 8ª Vara da Fazenda Pública da Capital (fls. 44 dos autos principais) que, após análise, verificou a inexistência de causa

Acesso ao Sumário

jurídica apta a reconhecer conexão ou continência, sendo novamente redistribuída por sorteio a 16ª Vara da Fazenda Pública que declinou da competência, sendo novamente encaminhada para redistribuição, dessa vez, à 3ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública em razão do valor da causa.

Considerando-se para tanto que o valor atribuído a causa deve ser analisado individualmente e não globalmente e, nesse contexto, sendo no Juizado Especial previsto apenas o julgamento das causas cujo valor não supere 60 (salários) mínimos, e considerando que o valor individualizado para cada um dos 6 (seis) autores não ultrapassa 60 (sessenta) salários mínimos; imperioso se faz concluir que, compatível revela-se o procedimento do Juizado Especial, pelo fato do valor da pretensão ser inferior a sessenta salários mínimos.

Dessa forma, entende-se que para análise do valor da causa devam ser apreciados de forma individual os valores pretensos por cada um dos autores, haveres que, no caso em apreço, são abrangidos pela competência do Juizado Especial da Fazenda Pública.

Portanto, sendo o valor atribuído à causa no importe de R$ 57.000,00 (fl. 25) e, levando-se em conta que o valor do salário mínimo para o ano de 2018 é de R$ 954,00, verifica-se que o montante não ultrapassa o limite do Juizado Especial da Fazenda Pública, quando considerados individualmente os 6 (seis) autores em litisconsórcio ativo facultativo.

Na hipótese em questão, aplica-se subsidiariamente o artigo 48 do Código de Processo Civil aos Juizados Especiais, que determina: "Salvo disposição em contrário, os litisconsortes serão considerados em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos; os atos e omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros".

Assim sendo, perfeitamente compatível com a alçada fixada no artigo 2º, *caput*, da Lei nº 12.153/09 o processamento da presente ação perante o Juizado Especial da Fazenda Pública.

Nesse sentido:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM. DISTRIBUIÇÃO DOS AUTOS À 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL. REDISTRIBUIÇÃO AO JUÍZO DA 3ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA DA MESMA COMARCA CONSIDERADO O VALOR DA CAUSA. POSSIBILIDADE.

1. A competência dos Juizados Especiais, nas causas até 60 (sessenta) salários mínimos, é de natureza absoluta, conforme estabelece o artigo 2º, caput, e § 4º, da Lei nº 12.153/2009.

2. Certo é que tal limite estabelecido na legislação para o trâmite da ação perante o Juizado Especial deve ser para cada litigante de modo individual, não sendo possível o cômputo global da pretensão deduzida na demanda.

Acesso ao Sumário

3. Conflito de Competência julgado procedente para determinar o processamento junto ao Juízo suscitante. (CC 0016107-95.2018.8.26.0000, Rel. Des. Artur Marques da Silva Filho, j. 7.5.18).

Conflito de competência – Litisconsórcio ativo facultativo – hipótese na qual o valor da causa, para fins de definição de competência, deve ser considerado individualmente, em relação ao benefício econômico perseguido por cada um dos litisconsortes – competência do Juízo suscitado (CC 0022668-77.2014.8.26.0000 Rel. Airton Pinheiro de Castro. Julgado procedente, v.u. 6.10.2014).

Pelo exposto, julga-se procedente o conflito e declara-se competente o Juízo da 3ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital, ora suscitante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0037548-35.2018.8.26.0000, da Comarca de Sumaré, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DE SUMARÉ, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DE SUMARÉ.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM o conflito e declararam COMPETENTE o Juízo suscitado, da 2ª Vara Cível da Comarca de Sumaré. V.U. Acórdão com o 2º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.644)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE), vencedor, RENATO GENZANI FILHO, vencido, ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 29 de outubro de 2018.

ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO, Relator Designado

Acesso ao Sumário

Ementado: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE DESPEJO POR DENÚNCIA VAZIA. DISTRIBUIÇÃO AO JUÍZO DA 2ª VARA CÍVEL DE SUMARÉ. REDISTRIBUIÇÃO AO JUÍZO DA 3ª VARA CÍVEL DA MESMA COMARCA. DESCABIMENTO.

1. A hipótese não contempla conexão nas demandas propostas, pois a motivação que serve de

fundamentação a uma delas destoa quanto ao pedido e à causa de pedir firmados na outra, ainda que se refiram ao mesmo contrato de locação.

2. Certo é que o caso em análise não se amolda à previsão contida no artigo 55, *caput*, do Código de Processo Civil, caracterizadora da conexão entre os feitos, uma vez que apenas a causa de pedir remota seria a mesma entre as ações, ou seja, o contrato de locação firmado.

3. Conflito de Competência julgado procedente para determinar o processamento junto ao Juízo suscitado.

VOTO

1. Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Sumaré em face do Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da mesma Comarca nos autos da ação de despejo por denúncia vazia ajuizada por Moises Carpani.

É o relatório.

2. O conflito negativo de competência está configurado, pois ambos os juízes se declararam incompetentes para processar e julgar o feito (art. 66, II, do novo Código de Processo Civil).

Segundo consta, Jair Domingos ajuizou ação de despejo por denúncia vazia em face de Moisés Carpani com o intuito de pôr fim ao contrato de locação havido entre as partes (fls. 05/10).

A demanda foi distribuída perante o Juízo da 2ª Vara Cível de Sumaré, que, declinando da competência, determinou a remessa dos altos ao Juízo suscitado por entender caracterizada a conexão com demanda anterior de despejo por falta de pagamento (fls. 35).

Ocorre que o Juízo da 3ª Vara Cível da mesma Comarca, ao receber os autos, suscitou o presente conflito de competência, ao argumento de que os motivos que fundamentam o pedido de despejo com base em denúncia vazia são totalmente diversos daqueles da ação que busca a desocupação do bem com base no inadimplemento contratual (fls. 02/04).

Razão assiste ao suscitante.

Note-se que a hipótese não contempla conexão nas demandas propostas, pois a motivação que serve de fundamentação a uma delas destoa quanto ao pedido e à causa de pedir firmados na outra, ainda que se refiram ao mesmo contrato de locação.

No despejo por falta de pagamento o locador pleiteia a desocupação

Acesso ao Sumário

do imóvel em virtude do inadimplemento da obrigação pecuniária assumida quando da assinatura do contrato pelas partes.

Já no despejo por denúncia vazia pretende-se a desocupação do imóvel com base noutro fundamento, qual seja, em razão do término da vigência do contrato de locação e pela inexistência de interesse por parte do proprietário do imóvel na renovação do que fora pactuado entre ele e o locatário (fls. 05/10).

Como visto, o caso em análise não se amolda à previsão contida no artigo 55, *caput*, do Código de Processo Civil, caracterizadora da conexão entre os feitos, uma vez que apenas a causa de pedir remota seria a mesma entre as ações, ou seja, o contrato de locação firmado.

Por outro lado, inexiste risco de que sejam proferidas decisões conflitantes, uma vez que tratam de demandas independentes entre si, tão somente originadas do mesmo contrato locatício.

Nesse sentido, citam-se julgados desta Câmara Especial em casos semelhantes:

> Direito Processual Civil. – Conflito negativo de competência entre Varas da mesma Comarca. – Remessa da ação de despejo por denúncia vazia à Vara onde tramita ação de despejo por falta de pagamento. – Feitos que, embora relacionados, não possuem causa de pedir em comum. – Não reconhecimento da conexão. – Impossibilidade de decisões conflitantes Conflito procedente. – Competência do Juízo suscitado. (TJSP; Conflito de competência 0191786-90.2010.8.26.0000; Relator: Desembargador Decano; Órgão Julgador: Câmara Especial; ANTIGO Foro Distrital de Brás Cubas – 2ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 22/11/2010; Data de Registro: 03/12/2010).
>
> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Conexão – Inocorrência – Alegada relação de prejudicialidade da ação de despejo por infração ao contrato de locação, em curso pelo juízo suscitado em relação a outras duas ações de usucapião e despejo por denúncia vazia envolvendo o mesmo bem e com partes totalmente diversas – Descabimento – Diversidade da natureza das ações locatícias e de usucapião bem assim de seus elementos que obsta o reconhecimento de interdependência entre os feitos – Locações que se originam de contratos diferentes e entre contratantes diversos – Inaplicabilidade do art. 55, caput e § 3º, do CPC – Ausente, ademais, de risco de prolação de decisões conflitantes – Conflito acolhido – Competência do suscitado (3ª Vara Cível da Comarca de Praia Grande). (TJSP; Conflito de competência 0068084-97.2016.8.26.0000; Relator: Renato Genzani Filho; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Praia Grande – 2ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 29/05/2017; Data de Registro: 31/05/2017).

Acesso ao Sumário

3. Ante o exposto, **declara-se competente o Juízo suscitado**, da 2ª Vara Cível da Comarca de Sumaré.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0041689-97.2018.8.26.0000, da Comarca de Indaiatuba, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DE INDAIATUBA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE INDAIATUBA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do presente conflito negativo de competência e declararam a competência do MM. JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE INDAIATUBA (Juízo suscitado). 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 ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 26 de novembro de 2018.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de procedimento ordinário movida contra Secretaria Estadual de Educação, visando restabelecer a readaptação da servidora em funções administrativas – Distribuição para a Vara da Fazenda Pública com determinação de redistribuição ao JEFAZ – Necessidade de prova pericial, que não se confunde com o exame técnico do art. 10, Lei nº 10.153/2009 – Princípios da oralidade, da celeridade, da unirrecorribilidade e da gratuidade em primeiro grau prejudicados pela realização de perícia regida pelo Código de Processo Civil – Situação concreta a indicar necessidade de perícia técnica no autor – Prejuízo ao rito sumaríssimo – Competência da 1ª Vara Cível de Indaiatuba (suscitado).

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de *conflito negativo de competência* suscitado pelo MM. JUÍZO DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL em face do MM. JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL, ambos da comarca de Indaiatuba,

nos autos da ação ordinária de readaptação ajuizada por Patrícia Pieroni Ribeiro Vaz contra a Secretaria da Educação do Estado de São Paulo (Proc. nº 1007126-92.2018.8.26.0248).

O Juízo suscitado declina da competência sustentando a competência absoluta do Juizado Especial Cível nas comarcas que não tenham instalados os Juizados Especiais da Fazenda Pública, já que o valor da causa está enquadrado nos 60 (sessenta) salários mínimos.

Diverge Juízo suscitante, afirmando que a ação em questão versa sobre o reconhecimento de inaptidão física da autora para ocupar o cargo de professora, postulando, assim, readaptação. Há, portanto, necessidade de prova pericial complexa, o que afasta a competência do Juizado Especial.

Designado o Juízo suscitado (MM. JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE INDAIATUBA) para dirimir e decidir questões urgentes (fls. 41/42).

É O RELATÓRIO.

Conheço do conflito negativo de competência, com fundamento no artigo 66, II, do Código de Processo Civil.

O conflito é suscitado em ação pela qual a servidora pública, professora, pretende a readaptação na função administrativa anteriormente exercida, a cessação de descontos salariais dos oito (8) dias de ausência e a devolução dos valores descontados. Além disso, caso ocorra o lançamento das ausências dos oito dias como faltas injustificadas, busca a retificação do prontuário, incluindo todas as faltas injustificadas, decorrentes dos atestados, como justificadas.

Assiste razão ao Juízo suscitante.

A incompetência do Juizado Especial da Fazenda Pública para conhecer do presente feito deriva da necessidade de produção de prova pericial, incompatível com o sistema dos Juizados e com o rito sumaríssimo previsto em sua legislação reguladora.

A questão posta é a da existência ou não de competência dos Juizados Especiais em processos nos quais se faça necessária a realização de perícia judicial, considerando-se a limitação do conceito de *"exame técnico"* trazido pelo artigo 10, da Lei nº 12.153/2009, e os princípios próprios do procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais Cíveis e da Fazenda Pública, especialmente a ausência de adiantamento de quaisquer despesas processuais em primeiro grau.

A competência fixada aos Juizados Especiais da Fazenda Pública por conta do valor da causa não é absoluta, prevalecendo o afastamento da sua competência em causas cuja prova a ser produzida em Juízo se mostre **concretamente** complexa, a ponto de prejudicar os princípios informadores do procedimento sumaríssimo, sobretudo o da concentração de atos e da informalidade.

É que o artigo 10, da Lei 12.153/2009, limita a prova de natureza técnica

Acesso ao Sumário

nos processos de competência dos Juizados Especiais ao "exame técnico", que não se confunde com a prova pericial.

Uma vez omissa a Lei 12.153/2009 quanto ao regime geral de produção de provas no procedimento por ela previsto em face da Fazenda Pública, aplica-se, subsidiariamente, o regime da Lei 9.099/1995 (artigo 27, Lei 12.153/2009).

E tal regime, especial em relação ao regime geral previsto no Código de Processo Civil, limita o procedimento sumaríssimo dos Juizados no caso da necessidade de produção de prova pericial, **restrita a prova técnica a aquela que pode ser produzida em audiência, através da inquirição de técnicos da confiança do Juízo** (artigo 35, Lei 9.099/1995).

Embora seja espécie de prova pericial, tem-se a autonomia e especialidade do exame técnico, caracterizando-se como prova limitada, não se substituindo à produção de laudo pericial nos termos do Código de Processo Civil, sabidamente mais complexo e com a atuação de assistentes técnicos, formulação de quesitos, adiantamento de honorários periciais etc. O *exame técnico*, ao revés, circunscreve-se à análise técnica sobre prova já fixada em suporte material, geralmente documental e acessível nos autos, emitindo opinião técnica a respeito dos fatos fixados no documento.

Já prova pericial em sentido estrito demanda não apenas a análise técnica da prova já materializada nos autos (ou passível de materialização por simples juntada de documentos), mas a produção da própria prova, por meio de laudo pericial que traduza documentalmente a realidade fática observada do exame feito sobre o fato probando. Ou seja, a prova pericial parte da análise pelo perito do fato a ser provado – concretamente, a existência de incapacidade para o exercício da função de professor e a necessidade de inserção em outra função, de natureza administrativa, aquela que a autora vinha exercendo até ser reconduzida às suas funções originárias – produzindo-se, a partir daí, documento que será juntado aos autos com o resultado da prova técnica decorrente de procedimento probatório específico.

Tais particularidades, atinentes à prova pericial em sentido estrito, regulada pelo Código de Processo Civil, desvirtuam o rito sumaríssimo obrigatório no âmbito dos Juizados Especiais.

Dita modalidade de prova exige a prolação de um sem número de decisões interlocutórias – saneador para deferir a prova pericial, nomeação do perito e especificação de honorários, deferimento e impugnação a quesitos, indicação de assistentes técnicos, impugnações do laudo pericial e complementações, etc. – o que, ante a restrição ao uso dos embargos de declaração contra decisões interlocutórias no sistema dos Juizados Especiais (artigo 48, *caput*, da Lei nº 9.099/1995), bem como do recurso de agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias tomadas na fase de admissão e produção da prova pericial (artigo

Acesso ao Sumário

41, *caput*, da Lei nº 9.099/1995), inviabiliza o trâmite no Juizado.

Em suma, a produção de provas periciais em sentido estrito no sistema dos Juizados Especiais ensejaria o enfretamento de duas questões complexas, a afastar sua possibilidade considerando a lógica do sistema: ou não se permitiria qualquer questionamento sobre a nomeação do perito, a imposição da antecipação de honorários, o deferimento de quesitos, a aceitação ou não de assistente técnico e eventual impugnação ao laudo pericial, ou se desvirtuaria por completo o sistema em sua simplicidade e unirrecorribilidade como regra, permitindo-se um sem número de agravos de instrumento contra as decisões interlocutórias tomadas por conta das fases de deferimento e produção da prova pericial.

Some-se a isso a questão do adiantamento dos honorários periciais, não se aplicando, ao regime geral dos Juizados Especiais Cíveis (Lei nº 9.099/1995) e da Fazenda Pública Estadual e Municipal (Lei nº 12.153/2009), a regra do artigo 12, da Lei nº 10.259/2001, por dizerem respeito a orçamento próprio dos Tribunais Regionais Federais e ações específicas ali reguladas, isto é, as de natureza previdenciária.

No caso, o sistema dos Juizados Especiais estaduais tem por princípio basilar a inexistência de adiantamento de despesas no primeiro grau, seja como forma de facilitar o acesso à Justiça, seja como forma de reduzir impulsos direcionados ao uso de recursos procrastinatórios, limitando-se os efeitos econômicos do processo ao insucesso do recurso inominado interposto. Falando-se em produção de prova pericial em sentido estrito no sistema dos juizados, ter-se-ia a questão do adiantamento dos honorários periciais ainda na primeira fase, mesmo em casos de gratuidade processual, pois limitada a legislação estadual ao provimento de recursos para as periciais em processo de beneficiários da assistência judiciária gratuita a processos da **Justiça comum**, o que, tecnicamente, não engloba os Juizados Especiais (Lei Estadual nº 16.428/2017).

Com isso, afora situações em que se possa realizar a perícia ou o exame técnico por peritos do IMESC ou outro órgão público capacitado a tal, ter-se-ia um nó górdio quanto ao custeio de tais perícias no sistema dos Juizados Especiais.

Acesso ao Sumário

Isto tudo, por óbvio, em situações concretas em que se observe a insuficiência do exame técnico e a inquirição de técnicos para a solução do ponto de fato controvertido nos autos, pois, observada a suficiência de manifestação de perito oficial quanto a documentos existentes nos autos, ou mesmo simples vistoria, ter-se-ia, à evidência, a prevalência da competência material absoluta dos Juizados Especiais.

Tem-se, assim e a um só tempo, insuficiência do exame técnico (artigo

10, Lei 12.153/2009) e da inquirição de técnicos em audiência (artigo 35, Lei 9.099/1995), exigindo-se a prova pericial que por si só configura prova complexa, com produção de laudo pericial sujeita ao regime do Código de Processo Civil que, em sua essência processual e econômica, não se encaixam no procedimento sumaríssimo previsto para o sistema especial dos Juizados.

Na hipótese ora em exame, necessária a produção da prova pericial, a fim de demonstração a incapacidade da autora para exercer as funções de professora, impondo-se transferi-la para outra função, de natureza administrativa, postulando exatamente aquela que anteriormente desempenhava até cessada a readaptação por ato administrativo.

Nesse sentido, pela necessidade de produção de perícia com laudo e afastando a competência dos Juizados Especiais, confira-se:

> *"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO PROPOSTA POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO EM FACE DE ENTE MUNICIPAL, VISANDO À CONCESSÃO DE LICENÇA DECORRENTE DE ENFERMIDADE INCAPACITANTE OU DE READAPTAÇÃO PARA OUTRO CARGO. PRETENSA REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL QUE NÃO SE COADUNA COM O CONCEITO DE MERO EXAME TÉCNICO, PREVISTO NO ARTIGO 10, DA LEI Nº 12.153/09. COMPLEXIDADE DA CAUSA QUE INVIABILIZA O PROCESSAMENTO PERANTE O JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 98, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES DESTA C. CÂMARA ESPECIAL. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE, COM O RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO"* (CC nº 0091822-22.2013.8.26.0000; Rel. DESª. CLAUDIA LUCIA FONSECA FANUCCHI; Câmara Especial TJSP; j. 19/08/2013).

Afasta-se, portanto, a competência dos Juizados Especiais, ainda que a ação tenha valor atribuído à causa dentro do limite de 60 salários mínimos.

Ante o exposto, pelo meu voto, **conheço** do presente conflito negativo de competência e **declaro** a competência do MM. JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE INDAIATUBA (Juízo suscitado).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0016102-73.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA EMPRESARIAL E CONFLITOS DE ARBITRAGEM DA CAPITAL, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 38ª VARA CÍVEL DA CAPITAL.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito e declararam competente o Juízo Suscitado (38ª Vara Cível da Capital). V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.623)**

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, 26 de novembro de 2018.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: Conflito de Competência – Ação declaratória de nulidade e indenizatória por danos morais e materiais – Redistribuição ao Juízo Empresarial e Conflitos de Arbitragem com lastro na Resolução nº 763/2016 – Inadmissibilidade. Matéria que não envolve a competência da vara especializada – Conflito procedente. Competência do Juízo de Direito da 38ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital.

VOTO

Trata-se o presente, em síntese, de conflito de competência suscitado pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem do Foro Central Cível da Capital, em autos de ação declaratória de nulidade e indenização por danos materiais e morais, que inicialmente foi distribuída à 38ª Vara Cível do Foro Central da Capital, tendo sido remetida à 2ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem, com fundamento na Resolução nº 763/2016, publicada no D.J.E. em 15.12.2016.

Aduz o suscitante, que a matéria em discussão é "a nulidade do contrato de prestação de serviços e a reparação civil por danos, e a causa de pedir decorre de fraude e simulação praticadas pelos réus", sendo que não envolve debate de questão situada no âmbito de incidência das Varas Empresariais e de Conflitos relacionados a Arbitragem (fls. 40/43).

Acesso ao Sumário

Designou-se o juízo suscitado para apreciar e resolver as medidas urgentes (fl. 46) e, nesta Instância, manifestou-se a D. Procuradoria Geral de Justiça pela competência desse para o caso (fls. 50/52).

É o relatório.

Está configurado o conflito negativo de competência, uma vez que ambos os magistrados de se consideraram incompetentes para conhecer a lide.

Todavia, a competência para apreciar a causa é do Juízo suscitado.

Desde logo, ressalte-se que a ação promovida pela Fundação CESP – FUNCESP em face de Saúde Verum Consultoria e Suporte Administrativo Ltda-ME e Outros, objetiva, em síntese, a declaração de existência de sociedade formada entre os réus Renato e Leopoldo, na qualidade de sócios de direito da Verum, e Amir e Temóteo, na qualidade de sócios de fato da Verum, bem como a declaração de nulidade do contrato celebrado entre a FUNCESP e a Verum, ou, subsidiariamente, a rescisão motivada em cláusula contratual (fls. 3/38). Assim, embora haja pedido para que seja reconhecida a sociedade de fato entre os réus, como bem observou o nobre Juiz suscitante: *"... o cerne da discussão é a nulidade do contrato de prestação de serviços e a reparação civil por danos, e a causa de pedir decorre de fraude e simulação praticadas pelos réus"* (...) *"... o reconhecimento da sociedade de fato tem por finalidade somente garantir a futura e eventual execução da sentença em caso de procedência, ou seja, não versa questão principal a ser dirimida e que justificaria a competência deste Juízo, inclusive para as ações conexas e acessórias."* (fl 42/43).

Por conseguinte, não incide, portanto, na espécie, a Resolução nº 763/2016 que estabelece no seu artigo 2º: *"As Varas Empresariais e de Conflitos relacionados à Arbitragem da Comarca da Capital terão competência para 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 n. 6.404/1976 (sociedades anônimas), bem como a propriedade industrial e concorrência desleal, tratadas especialmente na Lei n. 9.279/1996, a franquia (Lei n. 8.955/1994) e as ações decorrentes da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), cessando, em relação às últimas, a competência das Varas de Falências e Recuperações Judiciais da Capital e de Conflitos relacionados à Arbitragem da Comarca da Capital, que passam a se chamar 1ª, 2ª e 3ª Varas de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital"*.

Nesse sentido, cita-se precedente desta Colenda Câmara:

"*CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de indenização. Direitos Autorais. Remessa à Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem. Impossibilidade. Matéria não concernente à sua competência. Inteligência do art. 2º da Resolução nº 763/2016 do TJSP. Competência das Varas Cíveis. Precedentes. CONFLITO PROCEDENTE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.* (CC nº 0031600-15.2018.8.26.0000, Rel. Dr. Salaiman Miguel, j. 3.9.2018, vu)."

Pelo exposto, julga-se procedente o conflito e se declara competente o Juízo de Direito da 38ª Vara Cível da Capital.

Acesso ao Sumário

Conflitos de Jurisdição

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0023091-95.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 13ª VARA CRIMINAL DA CAPITAL, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DO JÚRI DO FORO REGIONAL DE SANTANA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram o conflito de jurisdição. Determinaram, por ora, o processamento do feito pelo Juízo da 13ª Vara Criminal do Foro Central da Capital, em observância ao sistema normativo vigente. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.631)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), CAMPOS MELLO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 26 de novembro de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO Feito no qual o representante do Ministério Público oficiante no Tribunal do Júri manifestou-se pela ausência de certeza do *animus necandi*, com remessa ao Juízo Criminal Comum. Entendimento convergente com o exposto, na sequência, pelo magistrado ao declinar da competência, providenciando o encaminhamento. Oferecimento de denúncia pelo crime de lesão corporal seguida de morte. Discordância sobre a capitulação declarada pelo Juízo da 13ª Vara Criminal, suscitando o incidente. Caso incompatível com o conflito de jurisdição. Via inadequada para o exame de indícios e pronunciamento sobre a natureza do delito, se doloso contra a vida ou não. Consenso entre os membros do *Parquet* na formação da *opinio delict*. Hipótese na qual é inafastável a aquiescência do

Acesso ao Sumário

titular da ação penal, mediante aditamento (art. 384, CPP), para alteração da definição jurídica dos fatos imputados no início da persecução. Possibilidade de aplicação analógica do art. 28 do CPP. Prevalência da inércia do Estado-juiz. Precedentes. Processamento deve prosseguir, por ora, no Juízo Comum, para o qual se dirigiu a peça acusatória.

Não conheço o conflito, com determinação.

VOTO

1. Trata-se de **conflito negativo de jurisdição** suscitado pelo MM. Juízo da 13ª Vara Criminal do Foro Central da Capital contra o MM. Juízo da 2ª Vara do Júri do Foro Regional Santana da mesma comarca, nos autos de ação penal com denúncia oferecida em desfavor de Valdete Maria de Oliveira, pela prática de crime de lesão corporal seguida de morte, com incurso no art. 129, § 3º, c.c. art. 61, II, "e", ambos do CP.

Alegou o suscitante, em resumo, não ser possível em momento preliminar, apenas com evidências indiciárias, afastar o ***animus necandi***, devendo prevalecer nessa fase o ***in dubio pro societate***. Daí, a competência do Tribunal do Júri (fls. 199/201).

Designou-se o juízo suscitante para a apreciação de eventuais medidas urgentes (fl. 207).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela competência do MM. Juízo suscitante (fls. 210/213).

É o relatório.

2. Não conheço o conflito.

Não obstante ambos os Magistrados tenham declinado da competência para conhecer, processar e julgar o pedido (art. 114, I, do CPP), não há próprio conflito negativo de jurisdição pelas razões a seguir elucidadas.

A controvérsia se refere à capitulação jurídica de fato objeto de ação penal. No caso, o inquérito policial foi instaurado para averiguar as circunstâncias envolvendo a morte de Vanderlei Teixeira dos Santos, encontrado em óbito no interior de um dos cômodos de sua residência, com um ferimento na cabeça e ao lado de uma pá. Ainda em fase investigativa, o membro do Ministério Público oficiante na 2ª Vara do Júri do Foro Regional Santana, com base em esclarecimento de laudo necroscópico, concluiu pela ausência de certeza do ***animus necandi*** do autor do golpe, considerando a consequência do evento morte por patologia pré-existente, aliada ao estado de embriaguez da vítima. Assim, manifestou-se pela remessa dos autos à Promotoria Criminal Comum (fls. 173/180).

Acesso ao Sumário

Na sequência, o MM. Juiz daquela Vara pronunciou-se no mesmo sentido – pela carência de elementos da prática de delito contra a vida –, determinando o encaminhamento do feito nos moldes propostos (fl. 182).

Recebidos os autos pelo representante do ***Parquet*** no Juízo Criminal Comum, houve oferecimento de denúncia contra a genitora da vítima, Valdete Maria de Oliveira, pela prática de crime de lesão corporal seguida de morte, com incurso no art. 129, § 3º, c.c. art. 61, II, "e", ambos do CP (fls. 01/03 e 188).

Ao discordar dos entendimentos, o magistrado da 13ª Vara Criminal do Foro Central suscitou o presente conflito (fls. 199/201), sustentando a competência do Tribunal do Júri, pois *"o intento de matar da acusada poderá ser cabalmente comprovado na instrução (...), eis que Valdete se muniu de uma pá de construção desferindo contra a vítima golpes certeiros em região vital, sendo que estes foram determinantes para o seu óbito"* (fl. 200).

Com efeito, no momento da denúncia, compete ao Ministério Público apontar a conduta típica correspondente aos fatos imputados aos acusados. De acordo com a orientação sedimentada na doutrina e na jurisprudência, como regra, a oportunidade adequada para o juiz alterar a classificação do delito é a **prolação da sentença** (cf. STJ – RHC nº 27.628/GO – j. de 13.11.12, v.u. – Rel. Min. **JORGE MUSSI**).

Adotando esse raciocínio, na hipótese de o magistrado não concordar com a capitulação fixada na peça acusatória, deve aplicar o disposto no art. 383, ***caput*** e §§ 1º e 2º, do CPP. Logo, somente na ocasião do julgamento poderia atribuir aos fatos definição jurídica diversa da constante na denúncia ou queixa, promovendo a ***emendatio libelli*** e determinando, se o caso, a redistribuição ao juízo competente.

Admite-se, entretanto, a relativização desse proceder em situações excepcionais, exemplificadas em precedente do **Eg. Superior Tribunal de Justiça**:

> *"PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. EMENDATIO LIBELLI. MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO. RELATIVIZAÇÃO. ALTERAÇÃO DA DENÚNCIA RATIFICADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO.*
>
> ***1. O momento processual adequado para a realização da emendatio libelli, nos termos do art. 383 do Código de Processo Penal, é a prolação da sentença. Todavia, é inegável que existem situações excepcionais em que a correção da capitulação jurídica contida na denúncia pode ser efetuada de plano.***
>
> ***2. Se a qualificação jurídica reputada correta for mais benéfica ao acusado, por exemplo, por possibilitar a aplicação de medidas despenalizadoras, ou se a alteração repercutir na definição da competência ou do procedimento, não há razão para impedir a***

emendatio libelli em momento processual anterior à sentença. Doutrina e precedentes.

3. No presente caso, o magistrado de primeiro grau, ao observar que os fatos narrados não se subsumiam ao tipo penal indicado na denúncia e que da alteração decorreria a sua incompetência, antecipou a emendatio libelli e remeteu os autos ao Tribunal do Júri, juiz natural da causa. Assim, seria realmente irrazoável exigir a realização da instrução, para só então se proceder à correção da capitulação jurídica cuja necessidade já foi observada de plano. Conclusão em sentido contrário, inclusive, redundaria na realização desnecessária de atos processuais, com evidente prejuízo à razoável duração do processo.

4. Há mais elementos para afastar a pretensão recursal: em primeiro lugar, o Ministério Público confirmou a alteração da denúncia, o que não se reveste de ilegalidade, ainda que a retificação haja sido motivada pelo juízo (HC n. 84.962/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 19/11/2007); em segundo lugar, o recorrente não demonstrou a ocorrência de prejuízo (pas de nullité sans grief).

5. Recurso especial improvido." (grifei – REsp nº 1.422.342/DF – j. de 03.03.15, v.u. – Rel. Min. **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**).

A despeito da pertinência da posição firmada no julgado supramencionado, semelhante ao caso ora analisado por refletir em competência do Júri, há distinção importante a ser sopesada.

Inexiste, na espécie, concordância do Ministério Público com o juízo defendido de forma isolada pelo magistrado suscitante. E mais, não se vislumbra qualquer divergência entre os promotores oficiantes, tanto no Tribunal do Júri como no Juízo Criminal Comum, estabelecendo-se consenso sobre o enquadramento dos atos na formação da ***opinio delict***.

Além disso, muito embora a situação concreta, em tese, excepcione o momento adequado da ***emendatio libelli***, não se pode ignorar a peculiaridade de ambos os juízes terem concluído pela incompetência para julgar o feito, decisões teoricamente atacáveis por recurso em sentido estrito (art. 581, II, CPP) não manejado. Conquanto os pronunciamentos se revelem também como aparente impasse entre juízes, a princípio, aquele seria o melhor instrumento para o enfrentamento da questão no caso em comento, por devolver a matéria a uma Câmara Criminal.

Por certo, o conflito de jurisdição não é a via adequada, uma vez que não se presta ao exame de indícios, tampouco à definição jurídica acerca da correta capitulação dentro de um contexto fático a ser confirmado.

Depreende-se das ponderações acima a prevalência do **princípio da inércia** do Estado-juiz, segundo o qual a atuação do magistrado depende de provocação do **titular da ação penal**, não lhe sendo facultado agir por

Acesso ao Sumário

inconformismo, transbordando a função.

Sobre o tema, já decidiu a **C. Câmara Especial**:

"CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. AÇÃO PENAL. IMPUTAÇÃO DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTIGOS 157, § 2º, I E II, E 329, AMBOS C.C. ART. 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL. DENÚNCIA OFERECIDA E RECEBIDA PELO JUÍZO CRIMINAL. REDISTRIBUIÇÃO DO FEITO, NO CURSO DA INSTRUÇÃO, AO JUÍZO DO TRIBUNAL DO JÚRI, SOB O FUNDAMENTO DE QUE A CONDUTA DO RÉU SE SUBSUME AO TIPO DE HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. INVIABILIDADE DE SE DIRIMIR, POR MEIO DE CONFLITO DE JURISDIÇÃO, A CORRETA DEFINIÇÃO JURÍDICA DOS FATOS IMPUTADOS AO RÉU. DECISÃO DECLINATÓRIA QUE, NA VERDADE, ATRIBUIU DIVERSA CAPITULAÇÃO À ACUSAÇÃO NÃO CORRELACIONADA AOS FATOS NARRADOS NA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. MEIO PROCESSUAL EXPRESSAMENTE PREVISTO PARA O SOLUCIONAMENTO DA MATÉRIA. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 383 E 384, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONFLITO DE JURISDIÇÃO NÃO CONHECIDO, COM DETERMINAÇÃO PARA QUE OS AUTOS SEJAM REGULARMENTE PROCESSADOS PERANTE O JUÍZO RECEBEDOR DA DENÚNCIA." (CJ nº 0.192.183-47.2013.8.26.0000 – j. de 17.02.14, v.u. – Rel. Des. **CLAUDIA LÚCIA FONSECA FANUCCHI**).

*"**CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO – Denúncia oferecida e recebida, por lesão corporal seguida de morte – Decisão posterior no esforço de modificar a competência sob argumento de classificação errônea, corrigida para homicídio – Precipitação – Necessidade de se aguardar a fase dos arts. 383 e 384 do CPP – Discussão, ademais, no momento, alheia ao âmbito do conflito de jurisdição, próprio de inconformismo com a capitulação da denúncia – Conflito não configurado e não conhecido.***

1. A formação de opinio delicti é atribuição exclusiva do Ministério Público e consubstancia antecedente lógico do início da atividade jurisdicional, de sorte que o inconformismo com a capitulação da denúncia não equivale a conflito de jurisdição.

2. Recebida denúncia com atribuição de crime próprio do Juízo Comum, para desclassificação com competência deslocada do Juízo Comum para o do Júri, há que se aguardar o término da instrução, quando, então, o Magistrado poderá valer-se da prerrogativa do art. 384 do CPP: só aí, com o aditamento da denúncia para crime de competência do Júri, poderá dar-se por incompetente e, então, na eventual hipótese de recusa da competência pelo Juízo declinado, será possível cogitar em conflito negativo de jurisdição." (CJ nº 0.484.454-96.2010.8.26.0000 – j. de 27.10.10, dec. monocrática – Rel. Des. **LUIS GANZERLA**).

Acesso ao Sumário

De todo modo, sobreleva dos entendimentos a necessária aquiescência do Ministério Público para mudança da tipificação do crime, porquanto a eventual

fixação da competência do Júri enseja indiscutível alteração da denúncia. Nesse passo, em momento oportuno, havendo recusa ao aditamento, previsto nos termos do art. 384 do CPP – ***mutatio libelli*** –, afigura-se possível, por analogia, a remessa ao Procurador-Geral de Justiça, competente para impor solução definitiva.

Assim, por ora, o feito deve tramitar no Juízo para qual se dirigiu a peça acusatória.

3. Não conheço o conflito de jurisdição. Determino, por ora, o processamento do feito pelo Juízo da 13ª Vara Criminal do Foro Central da Capital, em observância ao sistema normativo vigente.

Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária nº 1005142-95.2018.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, são recorridos T.L.M.P. (MENOR), SECRETÁRIA DE EDUCAÇÃO DO MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO E MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.762)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 5 de novembro de 2018.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Remessa necessária – Infância e Juventude – Mandado de segurança – Vaga em creche – Período integral – Direito à educação – Natureza constitucional – Exigibilidade independente de regulamentação – Normas de eficácia plena – Determinação judicial

Acesso ao Sumário

para cumprimento de direitos públicos subjetivos – Inexistência de ofensa à autonomia dos poderes ou determinação de políticas públicas – Limitação à ordem cronológica de atendimento – Impossibilidade – Planejamento geral do fornecimento de educação pela administração pública não impede a efetivação de direito público subjetivo individual por entidade pública ou privada conveniada – Disponibilização de vaga em creche próxima, assim entendida aquela que dista até dois quilômetros da residência do infante – Inexistência de vaga em unidade próxima que autoriza a matrícula em outra mais distante, com o fornecimento do transporte – Reserva do possível afastada – Remessa necessária não provida.

VOTO

Trata-se de remessa necessária da r. sentença (fls. 67/74) que concedeu a ordem em ***mandado de segurança*** impetrado por **T.L.M.P.** (menor) em face da **Secretária de Educação do Município de São Bernardo do Campo**, determinando sua inserção, em período integral, na *EMEB FRANCISCO DIASSIS GOMES TEIXEIRA* ou noutra escola da rede oficial ou conveniada, observado o critério legal da proximidade da residência, no limite de até 2 (dois) quilômetros, arcando do contrário com transporte escolar gratuito.

Não houve interposição de recurso pelas partes (fl. 93).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela manutenção da sentença (fls.104/107).

É o relatório.

Cuida-se de mandado de segurança por meio do qual se garantiu o acesso de criança à educação infantil em creche da rede municipal, próxima de sua residência, por período integral.

Caracteriza-se o direito à educação como norma constitucional de eficácia plena. Tem o cidadão direito público subjetivo de exigir do Estado a realização de medidas para a concretização do direito ao acesso à educação gratuita e de qualidade.

O artigo 208, IV, da Constituição Federal, determinou ao administrador público o cumprimento de um dever (ordem) direto para com a população, qual seja, o fornecimento de meios para a educação infantil:

"Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...)

Acesso ao Sumário

IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;"

Da mesma forma, previu o artigo 54, IV, do ECA:

"Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

(...)

IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade;

(...)"

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, por seu turno, fixa a educação infantil como direito do cidadão e dever do Estado:

"Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

(...)

II – educação infantil gratuita às crianças de até 5 (cinco) anos de idade;

(...)."

Assim, tanto pela ótica constitucional quanto pela legal, observa-se a obrigação direta do Município em providenciar, às suas expensas, o atendimento **integral** e **universal** das crianças de até 5 (cinco) anos em suas creches e pré-escolas.

As creches representam garantia dada pelo Estado ao cidadão, de maneira que não pode o Município, por meio de afirmações do caráter programático da norma ou de ausência de recursos alocados, subverter a ordem constitucional, especialmente porque o próprio texto constitucional fixou o direito de acesso ao ensino obrigatório como um direito público subjetivo (artigo 208, § 1º, da CF).

O cumprimento da ordem constitucional coube, por determinação legal, exclusivamente aos Municípios, que se incumbirão de *"oferecer educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino."* (artigo 11, V, da Lei nº 9.394/1996). E isto por meio da operação de creches (artigo 30, I, da Lei nº 9.394/1996), sejam elas públicas ou contratadas pelo Município junto aos particulares.

Nem se diga pelo caráter programático das normas, eis que "**a educação infantil**, por qualificar-se *como direito fundamental* **de toda** criança, **não se expõe**, em seu processo de concretização, **a avaliações meramente discricionárias** da Administração Pública **nem se subordina** a razões de puro pragmatismo governamental" (STF – AgRg no ARE 639.337 – SP – Rel. MIN. CELSO DE MELLO – j. 23.08.2011 – grifei).

Acesso ao Sumário

São normas de eficácia plena, não só pela previsão constitucional, mas, também, pela concretização suficiente junto ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, *"descabida a tese da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, sem importância se mostra essa categorização. Tendo em vista a explicitude do ECA, é inequívoca a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito à educação"* (STJ – AgRg no RE 1.545.039/DF – 2ª T. – Rel. MIN. HERMAN BENJAMIN – j. 05.11.2015).

E por conta do impedimento do uso da discricionariedade administrativa é que se há de fixar o **atendimento pelo período integral** na creche, sob pena de se esvaziar o fim social da norma, que é a um só tempo permitir o atendimento da criança em sua educação inicial e o exercício do direito constitucional dos pais ao trabalho.

Da mesma forma, submeter a criança à espera em uma fila, quando já buscado o atendimento do direito de índole constitucional na esfera extrajudicial, significa dela retirar o exercício do direito à educação até que a administração se adeque para tal atendimento, o que não se admite. O dever do Estado é prover a todos que necessitem do acesso à educação e não somente a aqueles que estejam em determinada posição em uma lista que só existe pelo descumprimento reiterado da Administração Pública do comando constitucional de acesso pleno ao direito à educação.

Tratando-se, como dito, de direito subjetivo previsto em norma de eficácia garantida pela legislação infraconstitucional, não há que se falar em ilegal intervenção do Poder Judiciário nas decisões que cabem ao Poder Executivo. É que ao direito subjetivo lesado cabe, por normativa constitucional, o direito de ação a ser exercido perante o Poder Judiciário (artigo 5º, XXXV, CF).

Com isso, *"... ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional"* (STJ – REsp 575.280-SP – 1ª T. – Rel. p/ Acórdão MIN. LUIZ FUX – j. 2.9.2004).

Bem por isto, este E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo consolidou a possibilidade de condenação do poder público à obrigação de fazer necessária à concretização de direitos fundamentais, como à saúde e à educação, sem que isto configure ofensa à autonomia dos Poderes, conforme entendimento

sumulado:

> ***Súmula 65, TJSP:*** *Não violam os princípios constitucionais da separação dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes.*

Embora se admita que o princípio da competência orçamentária atribua ao legislador as decisões finais da destinação dos recursos públicos, especialmente em políticas de atendimento universalizado da população no âmbito da educação, não se pode admitir que o tal princípio ganhe ares absolutos, retirando do administrador a responsabilidade de atender as necessidades individuais da criança. É que *"a força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto.* ***Direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras****"* (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. Malheiros, 2008, p. 512-513 – grifei).

Neste ponto, não há como se afastar a responsabilidade do administrador pelas escolhas feitas na formulação e execução do orçamento público. Se as escolhas tornaram insuficientes os recursos para o atendimento da ordem constitucional, há de se adequar a destinação de valores para o atendimento primordial do comando constitucional em favor de crianças e adolescentes, não sendo aqui suficiente a teoria da "reserva do possível" como excludente do descumprimento da constituição.

No dizer do MIN. CELSO DE MELLO:

> *"A* ***CONTROVÉRSIA PERTINENTE*** *À 'RESERVA DO POSSÍVEL'* ***E A INTANGIBILIDADE*** *DO MÍNIMO EXISTENCIAL:* ***A QUESTÃO*** *DAS 'ESCOLHAS TRÁGICAS'. –* ***A destinação*** *de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos,* ***faz instaurar*** *situações de conflito,* ***quer*** *com a execução de políticas públicas* ***definidas*** *no texto constitucional,* ***quer****, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República,* ***daí resultando*** *contextos de antagonismo* ***que impõem****, ao Estado,* ***o encargo*** *de superá-los* ***mediante*** *opções por determinados valores,* ***em detrimento*** *de outros igualmente relevantes,* ***compelindo****, o Poder Público,* ***em face*** *dessa relação dilemática,* ***causada*** *pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária****, a proceder*** *a verdadeiras 'escolhas trágicas',* ***em decisão governamental*** *cujo parâmetro,* ***fundado*** *na dignidade da pessoa humana,* ***deverá*** *ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial,* ***em ordem a conferir*** *real efetividade às normas programáticas* ***positivadas*** *na própria Lei Fundamental.* ***Magistério da doutrina****. –*

Acesso ao Sumário

> ***A cláusula*** *da reserva do possível* – ***que não pode*** *ser invocada, pelo Poder Público,* ***com o propósito*** *de fraudar, de frustrar e de inviabilizar* ***a implementação*** *de políticas públicas* ***definidas*** *na própria Constituição* – ***encontra*** *insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial,* ***que representa****, no contexto de nosso ordenamento positivo,* ***emanação direta*** *do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.* ***Doutrina. Precedentes****"* (STF – AgR no ARE 639.337-SP – 2ª T. – Rel. MIN. CELSO DE MELLO – j. 23.08.2011)

Há de se impedir a aplicação da teoria da "reserva do possível" no caso de pedido de disponibilização de vaga em creche, ante a existência de uma situação social e econômica diretamente resultante de escolhas do administrador no direcionamento das verbas públicas. Conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, *"... esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão.* ***Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade****"* (STJ – AgRg no AREsp 790.767-MG – 2ª T. – Rel. MIN. HUMBERTO MARTINS – j. 3.12.2015 – grifei).

Reconhece-se, assim, a legitimidade da intervenção judicial para a concretização do direito individual de fundamento constitucional, mantendo-se a determinação de primeiro grau para a concessão da vaga em estabelecimento de ensino municipal próximo da residência da família da criança, observado o critério de distância de até 2 (dois) quilômetros, arcando, do contrário, com o transporte escolar gratuito.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** à remessa necessária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária nº 1001914-83.2018.8.26.0606, da Comarca de Suzano, em que é recorrente JUIZO *EX OFFICIO*, são recorridos A.L.M. (MENOR) e MUNICÍPIO DE SUZANO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao reexame necessário, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 54323)**

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, 6 de novembro de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRETENSÃO À OBTENÇÃO DE VAGA EM UNIDADE EDUCACIONAL INFANTIL MANTIDA PELA MUNICIPALIDADE, PRÓXIMA À RESIDÊNCIA DA CRIANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL AUTOAPLICÁVEL, PREVISTO NA NORMA DO ART. 208, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ATRIBUIÇÃO DA MUNICIPALIDADE. DIREITO À FREQUÊNCIA EM PERÍODO INTEGRAL E DE FORMA ININTERRUPTA. FIXAÇÃO DE MULTA. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO DO VALOR TOTAL DA MULTA. REEXAME NECESSÁRIO PROVIDO EM PARTE.

VOTO

Trata-se de reexame necessário de sentença proferida nos autos de mandado de segurança impetrado por A.L.M. contra o Prefeito do Município de Suzano. A sentença a fls. 71/82, cujo relatório se adota, concedeu a segurança, confirmando a medida liminar deferida, para determinar que a autoridade impetrada providencie a matrícula do impetrante, em período integral, em creche próxima à sua residência ou o transporte escolar gratuito até outra instituição de ensino na rede pública ou arque com as despesas de instituição da rede particular, sob pena de multa diária no valor de R$ 100,00 (cem reais).

Sem interposição de recurso voluntário (fls. 92), subiram os autos e a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento (fls. 99/102).

É o relatório.

Há reexame necessário, nos termos do art. 14, § 1º, Lei nº 12.016/09.

O Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento de que, em caso de inércia do Poder Público que represente violação de direito garantido na Constituição por norma de caráter programático, poderá o

Acesso ao Sumário

Poder Judiciário formular e implantar políticas públicas: *"ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL'. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). / (...) Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. Celso de Mello) –, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: 'DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. – O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um* facere *(atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. – Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse* non facere *ou* non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. – A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se*

Acesso ao Sumário

como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.' (RTJ 185/794-796, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno). É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (José Carlos Vieira de Andrade, 'Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976', p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política 'não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado' (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello). / (...) Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...) Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até

Acesso ao Sumário

mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado" (ADPF 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.04).

Portanto, em caso de desrespeito ao direito constitucional à educação, é admissível a intervenção do Poder Judiciário para sua efetiva implementação, sem que esteja configurada violação ao princípio da separação dos Poderes.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu: *"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DIREITO DE ACESSO À CRECHE. CRIANÇAS DE ZERO A SEIS ANOS. INSCRIÇÃO DE CRIANÇA EM ESTABELECIMENTO PARTICULAR. AUSÊNCIA DE VAGAS. NÃO COMPROMETIMENTO DO TRABALHO PEDAGÓGICO. DESNECESSIDADE DE REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. 1.* In casu*, não se ignora a questão referente à 'reserva do possível', todavia, na hipótese específica dos autos, cumpre salientar que, conquanto a parte recorrida tenha alegado que, em virtude da ausência de vagas a matrícula da criança poderia comprometer o trabalho pedagógico, nada provou nesse sentido; a questão manteve-se no campo das possibilidades. 2. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de caso concreto, no qual está envolvida apenas uma criança, não se tem como presumir o comprometimento do trabalho pedagógico em virtude de sua matrícula numa das instituições pretendidas. 3. Ademais, a análise do feito dispensa o reexame do contexto fático-probatório, porquanto os elementos necessários para o julgamento da* vexata quaestio *pelo STJ estão bem delimitados no acórdão objurgado. 4. Agravo Regimental não provido"* (AgRg no REsp n. 1546487/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 27.10.15).

O direito constitucional à educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade, fundado no art. 208, IV, Constituição Federal, é autoaplicável. Além disso, é atribuição primordial dos Municípios a atuação prioritária na educação infantil, conforme o art. 211, § 2º, Constituição Federal, por meio da oferta de vaga em creches e pré-escolas (art. 11, V, Lei nº 9.394/1996). E o mínimo existencial, presente no direito fundamental à educação, prepondera sobre eventual limitação orçamentária à sua implementação, bem como sobre a disponibilidade de vagas.

Acesso ao Sumário

Esta Câmara Especial já decidiu, em caso análogo, nos seguintes termos: *"Recurso Oficial. Ação de Obrigação de fazer. Dever do Poder Público de fornecer educação básica, obrigatória e gratuita a criança, em unidade próxima de sua residência. Pedido procedente. Garantia fundamental à educação consagrada em norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Ausência de violação aos princípios da separação dos poderes, da discricionariedade administrativa e da igualdade. Manutenção da obrigação alternativa de custeio em entidade privada, em face de descumprimento. Responsabilização do*

Município pelo transporte da criança em caso de matrícula em unidade distante de sua residência. Necessidade. Desdobramento do direito à educação. Recurso oficial desprovido" (Reexame Necessário nº 0008950-25.2015.8.26.0114 – Campinas, Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. Pinheiro Franco, j. em 14.12.15).

As Súmulas nº 63 e nº 65 deste Tribunal de Justiça preveem, respectivamente, que *"é indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território"*, e que *"não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes"*. É dever, portanto, do Município gerir seus recursos com eficiência, a fim de garantir vagas em creche e pré-escola a todas as crianças que delas necessitarem.

A escolha da unidade educacional mais próxima da residência da criança deve ser interpretada no sentido de que a instituição seja localizada até dois quilômetros da residência, salvo se constatada alguma necessidade especial. É inviável, de outro lado, a escolha específica pela impetrante (Reexame Necessário nº 1010272-35.2015.8.26.0576, Rel. Issa Ahmed, j. 14.12.15).

Competindo à Administração Pública a escolha da instituição de ensino, será responsabilizada pelo transporte gratuito das crianças caso a unidade escolhida fique a mais de dois quilômetros de sua residência. E, caso a matrícula das crianças seja efetivada em rede particular conveniada de educação infantil, por falta de vagas na rede pública, o Município arcará com o custeio de ensino em âmbito privado.

Também tem a criança o direito à frequência em período integral e ininterrupta durante as férias e o recesso escolar, pois é imprescindível nos casos em que os genitores não têm condições de deixar seus filhos com outros parentes próximos, justamente para tornar possível o exercício de atividade laborativa que sustentará a família.

Nesse sentido já decidiu esta Câmara Especial: *"Apelação Cível e Recurso Oficial. Ação de obrigação de fazer. Dever do Poder Público de fornecer educação básica, obrigatória e gratuita a menor de idade em escola próxima a sua residência, no período integral, observado o período de recesso. Pedido procedente. Preliminar de ausência de interesse de agir afastada. O interessado não está obrigado a esgotar as vias administrativas para obtenção do seu direito. Garantia fundamental à educação consagrada em norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Ausência de violação aos princípios*

Acesso ao Sumário

da separação dos poderes e da discricionariedade administrativa. Celebração de Termo de ajustamento de conduta que não afasta o direito subjetivo das crianças às vagas postuladas. Interesse processual presente. Serviço essencial. Deve ser prestado ininterruptamente, até nos recessos de férias. Possibilidade, entretanto, do Poder Público promover eventual redirecionamento das crianças que utilizarão de creche neste período, com a garantia de atendimento de toda a demanda, providenciando o necessário transporte em caso de transferência para local distante a mais de dois quilômetros da residência da criança. Multa diária fixada com a finalidade de garantir o cumprimento da decisão judicial. Valor arbitrado em obediência aos critérios da jurisprudência dominante. Apelo parcialmente provido. Recurso oficial parcialmente provido, a fim de determinar que a multa seja destinada ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município." (Ap. 3001982-21.2013.8.26.0526 – Salto, rel. Des. Pinheiro Franco, j. 18.5.2015).

De resto, a multa diária é plenamente aplicável à Administração Pública, conforme precedente do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp 1299694/RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 29.10.15). No caso concreto, o valor da multa diária fixado – R$ 100,00 (cem reais) – é até aquém do adequado; contudo, deve-se limitar o valor total a R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), evitando-se eventuais excessos e desproporção.

Pelo exposto, dou provimento em parte ao reexame necessário, para a finalidade acima explicitada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária nº 1010627-87.2018.8.26.0625, da Comarca de Taubaté, em que é recorrente J.E.O., são recorridos E.S.P.S. (MENOR), E. DE S.P. e S.M. DE E. DE T..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.330)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 13 de novembro de 2018.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Ementa: Remessa necessária – Infância e Juventude – Mandado de segurança – Vaga em creche – Direito à educação – Direito público subjetivo de natureza constitucional – Exigibilidade independente de regulamentação – Normas de eficácia plena – Determinação judicial para cumprimento de direitos públicos subjetivos – Inexistência de ofensa à autonomia dos poderes ou determinação de políticas públicas – Súmula 65, TJSP – Concretização do direito pelo fornecimento de vaga em condições de ser usufruída – Limitação à ordem cronológica de atendimento – Impossibilidade – Planejamento geral do fornecimento de educação pela administração pública não impede a efetivação de direito público subjetivo individual por entidade pública – Reserva do possível afastada – Disponibilização de vaga em creche próxima, assim entendida aquela que dista até dois quilômetros da residência da criança – Inexistência de vaga em unidade próxima que autoriza a matrícula em outra mais distante, com o fornecimento do transporte – Remessa necessária não provida, com observação.

VOTO

Trata-se de remessa necessária da r. sentença (fls. 56/61) que concedeu parcialmente a ordem em *mandado de segurança* impetrado por **E.S.P.S.** (menor) para determinar que a autoridade coatora efetive a sua matrícula na creche municipal localizada mais próxima de sua residência, cuja distância não ultrapasse 2 (dois) quilômetros.

Não houve interposição de recurso pelas partes (fl. 75).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela manutenção da sentença (fls. 83/86).

É o relatório.

Conheço da remessa necessária, nos termos do artigo 14, § 1º, da Lei 12.016/2009.

Cuida-se de mandado de segurança pelo qual se garantiu acesso da criança à educação infantil em creche da rede municipal localizada próxima de sua residência.

Caracteriza-se o direito à educação como norma constitucional de eficácia plena. Tem o cidadão direito público subjetivo de exigir do Estado a realização

Acesso ao Sumário

de medidas para a concretização do acesso à educação gratuita e de qualidade.

O artigo 208, IV, da Constituição Federal, determinou ao administrador público o cumprimento de um dever (ordem) direto para com a população, qual seja, o fornecimento de meios para a educação infantil:

"Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...)

IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;"

Da mesma forma, previu o artigo 54, IV, do ECA:

"Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

(...)

IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade;

(...)"

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, por seu turno, fixa a educação infantil como direito do cidadão e dever do Estado:

"Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

(...)

II – educação infantil gratuita às crianças de até 5 (cinco) anos de idade;

(...)."

Assim, tanto pela ótica constitucional quanto pela legal, observa-se a obrigação direta do Município em providenciar, às suas expensas, o atendimento **integral** e **universal** das crianças de até 5 (cinco) anos em suas creches e pré-escolas.

As creches representam garantia dada pelo Estado ao cidadão, de maneira que não pode o Município, por meio de afirmações do caráter programático da norma ou de ausência de recursos alocados, subverter a ordem constitucional, especialmente porque o próprio texto constitucional fixou o direito de acesso ao ensino obrigatório como um direito público subjetivo (artigo 208, § 1º, da CF).

O cumprimento da ordem constitucional coube, por determinação legal, exclusivamente aos Municípios, que se incumbirão de *"oferecer educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino."* (artigo 11, V, da Lei nº 9.394/1996). E isto por meio da operação de creches (artigo 30, I, da Lei nº 9.394/1996), sejam elas públicas ou contratadas pelo Município junto aos particulares.

Acesso ao Sumário

Nem se diga pelo caráter programático das normas, eis que "**a educação infantil**, por qualificar-se como direito fundamental **de toda** criança, **não se expõe**, em seu processo de concretização, **a avaliações meramente discricionárias** da Administração Pública **nem se subordina** a razões de puro pragmatismo governamental" (STF – AgRg no ARE 639.337 – SP – Rel. MIN. CELSO DE MELLO – j. 23.08.2011 – grifei).

São normas de eficácia plena, não só pela previsão constitucional, mas, também, pela concretização suficiente junto ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, *"descabida a tese da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, sem importância se mostra essa categorização. Tendo em vista a explicitude do ECA, é inequívoca a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito à educação"* (STJ – AgRg no RE 1.545.039/DF – 2ª T. – Rel. MIN. HERMAN BENJAMIN – j. 05.11.2015).

Da mesma forma, submeter a criança à espera em uma fila, quando já buscado o atendimento do direito de índole constitucional na esfera extrajudicial, significa dela retirar o exercício do direito à educação até que a administração se adeque para tal atendimento, o que não se admite. O dever do Estado é prover a todos que necessitem do acesso à educação e não somente a aqueles que estejam em determinada posição em uma lista que só existe pelo descumprimento reiterado da Administração Pública do comando constitucional de acesso pleno ao direito à educação.

Tratando-se, como dito, de direito subjetivo previsto em norma de eficácia garantida pela legislação infraconstitucional, não há que se falar em ilegal intervenção do Poder Judiciário nas decisões que cabem ao Poder Executivo. É que ao direito subjetivo lesado cabe, por normativa constitucional, o direito de ação a ser exercido perante o Poder Judiciário (artigo 5º, XXXV, CF).

Com isso, *"... ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional"* (STJ – REsp 575.280-SP – 1ª T. – Rel. p/ Acórdão MIN. LUIZ FUX – j. 2.9.2004).

Bem por isto, este E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo consolidou a possibilidade de condenação do poder público à obrigação de fazer necessária à concretização de direitos fundamentais, como à saúde e à educação,

Acesso ao Sumário

sem que isto configure ofensa à autonomia dos Poderes, conforme entendimento sumulado:

> ***Súmula 65, TJSP:*** *Não violam os princípios constitucionais da separação dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes.*

Embora se admita que o princípio da competência orçamentária atribua ao legislador as decisões finais da destinação dos recursos públicos, especialmente em políticas de atendimento universalizado da população no âmbito da educação, não se pode admitir que o tal princípio ganhe ares absolutos, retirando do administrador a responsabilidade de atender as necessidades individuais da criança. É que *"a força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto.* ***Direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras****"* (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. Malheiros, 2008, p. 512-513 – grifei).

Neste ponto, não há como se afastar a responsabilidade do administrador pelas escolhas feitas na formulação e execução do orçamento público. Se as escolhas tornaram insuficientes os recursos para o atendimento da ordem constitucional, há de se adequar a destinação de valores para o atendimento primordial do comando constitucional em favor de crianças e adolescentes, não sendo aqui suficiente a teoria da "reserva do possível" como excludente do descumprimento da constituição.

No dizer do MIN. CELSO DE MELLO:

> *"A* ***CONTROVÉRSIA PERTINENTE*** *À 'RESERVA DO POSSÍVEL'* ***E A INTANGIBILIDADE*** *DO MÍNIMO EXISTENCIAL:* ***A QUESTÃO*** *DAS 'ESCOLHAS TRÁGICAS'. –* ***A destinação*** *de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos,* ***faz instaurar*** *situações de conflito,* ***quer*** *com a execução de políticas públicas* ***definidas*** *no texto constitucional,* ***quer****, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República,* ***daí resultando*** *contextos de antagonismo* ***que impõem****, ao Estado,* ***o encargo*** *de superá-los* ***mediante*** *opções por determinados valores,* ***em detrimento*** *de outros igualmente relevantes,* ***compelindo****, o Poder Público,* ***em face*** *dessa relação dilemática,* ***causada*** *pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária****, a proceder*** *a verdadeiras 'escolhas trágicas',* ***em decisão governamental*** *cujo parâmetro,* ***fundado*** *na dignidade da pessoa humana,* ***deverá*** *ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial,* ***em ordem a conferir*** *real efetividade às normas programáticas*

Acesso ao Sumário

positivadas *na própria Lei Fundamental.* ***Magistério da doutrina****. –* ***A cláusula*** *da reserva do possível –* ***que não pode*** *ser invocada, pelo Poder Público,* ***com o propósito*** *de fraudar, de frustrar e de inviabilizar* ***a implementação*** *de políticas públicas* ***definidas*** *na própria Constituição –* ***encontra*** *insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial,* ***que representa****, no contexto de nosso ordenamento positivo,* ***emanação direta*** *do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.* ***Doutrina. Precedentes****"* (STF – AgR no ARE 639.337-SP – 2ª T. – Rel. MIN. CELSO DE MELLO – j. 23.08.2011)

Há de se impedir a aplicação da teoria da "reserva do possível" no caso de pedido de disponibilização de vaga em creche, ante a existência de uma situação social e econômica diretamente resultante de escolhas do administrador no direcionamento das verbas públicas. Conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, *"... esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão.* ***Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade****"* (STJ – AgRg no AREsp 790.767-MG – 2ª T. – Rel. MIN. HUMBERTO MARTINS – j. 3.12.2015 – grifei).

Reconhece-se, assim, a legitimidade da intervenção judicial para a concretização do direito individual de fundamento constitucional, mantendo-se a determinação de primeiro grau para a concessão da vaga em estabelecimento de ensino municipal, a uma distância limite de 2 (dois) quilômetros da residência da família.

Anote-se, ainda, que a escolha da unidade de ensino a ser efetivada a matrícula, conforme previsto na sentença, é prerrogativa que pertence ao Poder Público, vedada a indicação injustificada pela parte de determinado estabelecimento. Todavia, é fato que a escola deve ser próxima da residência da criança ou, na impossibilidade, deve o Município arcar com o transporte nos casos de distância superior a 2 (dois) quilômetros, garantindo-se, deste modo o direito à educação, observação que se acresce.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** à remessa necessária, *com observação*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária nº

Acesso ao Sumário

1001848-53.2018.8.26.0655, da Comarca de Várzea Paulista, em que é recorrente J.E.O., é recorrido C.D.J.N. (MENOR) e requerido M. DE V. P.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao reexame necessário, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 54709)**

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, 13 de novembro de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRETENSÃO À OBTENÇÃO DE VAGA EM UNIDADE EDUCACIONAL INFANTIL MANTIDA PELA MUNICIPALIDADE, PRÓXIMA À RESIDÊNCIA DA PARTE. DIREITO CONSTITUCIONAL AUTOAPLICÁVEL, PREVISTO NA NORMA DO ART. 208, IV, CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ATRIBUIÇÃO DA MUNICIPALIDADE. FREQUÊNCIA EM PERÍODO INTEGRAL. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA COMO MEIO COERCITIVO AO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO PELA FAZENDA PÚBLICA. LIMITAÇÃO DO VALOR TOTAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS COM MODERAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de reexame necessário, nos autos de ação de rito ordinário ajuizada por C.D.J.N., representado por sua genitora, contra o Município de Várzea Paulista. A sentença de fls. 73/77, cujo relatório se adota, julgou procedente o pedido para condenar o Município a disponibilizar vaga para a criança em creche próxima de sua residência, em período integral, sob pena de multa diária no valor de R$ 100,00 (cem reais), além de condenar a Municipalidade ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R$ 900,00 (novecentos reais) em favor do patrono da parte autora.

Decorrido o prazo para apresentação de recurso voluntário, subiram os autos e a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela manutenção da sentença (fls. 85/88).

É o relatório.

Há reexame necessário, nos termos do art. 496, § 2º, do C.P.C. e da Súmula 490/STJ.

O Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento de que, em caso de inércia do Poder Público que represente violação de direito garantido na Constituição por norma de caráter programático, poderá o Poder Judiciário formular e implantar políticas públicas: *"ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL'. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). / (...) Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. Celso de Mello) –, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: 'DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. – O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um* facere *(atuação positiva), gera a*

Acesso ao Sumário

inconstitucionalidade por ação. – Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere *ou* non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. – A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.' (RTJ 185/794-796, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno). É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (José Carlos Vieira de Andrade, 'Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976', p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política 'não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado' (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello). / (...) Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...) Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo,*

Acesso ao Sumário

cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado" (ADPF 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.04).

Portanto, em caso de desrespeito ao direito constitucional à educação, é admissível a intervenção do Poder Judiciário para sua efetiva implementação, sem que esteja configurada violação ao princípio da separação dos Poderes.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu: *"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DIREITO DE ACESSO À CRECHE. CRIANÇAS DE ZERO A SEIS ANOS. INSCRIÇÃO DE CRIANÇA EM ESTABELECIMENTO PARTICULAR. AUSÊNCIA DE VAGAS. NÃO COMPROMETIMENTO DO TRABALHO PEDAGÓGICO. DESNECESSIDADE DE REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. 1.* In casu*, não se ignora a questão referente à 'reserva do possível', todavia, na hipótese específica dos autos, cumpre salientar que, conquanto a parte recorrida tenha alegado que, em virtude da ausência de vagas a matrícula da criança poderia comprometer o trabalho pedagógico, nada provou nesse sentido; a questão manteve-se no campo das possibilidades. 2. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de caso concreto, no qual está envolvida apenas uma criança, não se tem como presumir o comprometimento do trabalho pedagógico em virtude de sua matrícula numa das instituições pretendidas. 3. Ademais, a análise do feito dispensa o reexame do contexto fático-probatório, porquanto os elementos necessários para o julgamento da* vexata quaestio *pelo STJ estão bem delimitados no acórdão objurgado. 4. Agravo Regimental não provido"* (AgRg no REsp n. 1546487/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 27.10.15).

Além disso, é possível afirmar que o direito constitucional à educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade, fundado no art. 208, IV, Constituição Federal, é autoaplicável. E o mínimo existencial, presente no direito fundamental à educação, prepondera sobre eventual limitação orçamentária à sua implementação, bem como sobre a disponibilidade de vagas. Ainda, é atribuição primordial dos Municípios a atuação prioritária na educação infantil, conforme art. 211, § 2º, da Constituição Federal, por meio da oferta de

Acesso ao Sumário

vaga em creches e pré-escolas (art. 11, V, Lei nº 9.394/1996).

Esta Câmara Especial já decidiu, em caso análogo, o seguinte: *"Recurso Oficial. Ação de Obrigação de fazer. Dever do Poder Público de fornecer educação básica, obrigatória e gratuita a criança, em unidade próxima de sua residência. Pedido procedente. Garantia fundamental à educação consagrada em norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Ausência de violação aos princípios da separação dos poderes, da discricionariedade administrativa e da igualdade. Manutenção da obrigação alternativa de custeio em entidade privada, em face de descumprimento. Responsabilização do Município pelo transporte da criança em caso de matrícula em unidade distante de sua residência. Necessidade. Desdobramento do direito à educação. Recurso oficial desprovido" (Reexame necessário nº 0008950-25.2015.8.26.0114 – Campinas, Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. Pinheiro Franco, j. em 14.12.15).*

No mais, as Súmulas nº 63 e nº 65 deste Tribunal de Justiça preveem, respectivamente, que *"é indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território"* e *"não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes"*.

É dever, portanto, do Município gerir seus recursos com eficiência, a fim de garantir vagas em creche e pré-escola a todas as crianças que delas necessitarem.

A escolha da unidade educacional mais próxima da residência da criança deve ser interpretada no sentido de que a instituição seja localizada até dois quilômetros da residência, salvo se constatada alguma necessidade especial. É inviável, de outro lado, a escolha específica pela parte autora (Reexame Necessário nº 1010272-35.2015.8.26.0576, Rel. Issa Ahmed, j. 14.12.15). Assim, compete à Administração Pública a escolha da escola em que providenciará a vaga à criança interessada. Porém, será responsabilizada pelo transporte gratuito da criança caso a unidade escolhida fique a mais de dois quilômetros da residência.

Também tem a criança o direito à frequência em período integral, pois imprescindível nos casos em que os genitores não têm condições de deixar seus filhos com outros parentes próximos, justamente para tornar possível o exercício de atividade laborativa que sustentará a família. Nesse sentido já decidiu esta Câmara Especial: *"Apelação Cível e Recurso Oficial. Ação de obrigação de fazer. Dever do Poder Público de fornecer educação básica,*

Acesso ao Sumário

obrigatória e gratuita a menor de idade em escola próxima a sua residência, no período integral, observado o período de recesso. Pedido procedente. Preliminar de ausência de interesse de agir afastada. O interessado não está obrigado a esgotar as vias administrativas para obtenção do seu direito. Garantia fundamental à educação consagrada em norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Ausência de violação aos princípios da separação dos poderes e da discricionariedade administrativa. Celebração de Termo de ajustamento de conduta que não afasta o direito subjetivo das crianças às vagas postuladas. Interesse processual presente. Serviço essencial. Deve ser prestado ininterruptamente, até nos recessos de férias. Possibilidade, entretanto, do Poder Público promover eventual redirecionamento das crianças que utilizarão de creche neste período, com a garantia de atendimento de toda a demanda, providenciando o necessário transporte em caso de transferência para local distante a mais de dois quilômetros da residência da criança. Multa diária fixada com a finalidade de garantir o cumprimento da decisão judicial. Valor arbitrado em obediência aos critérios da jurisprudência dominante. Apelo parcialmente provido. Recurso oficial parcialmente provido, a fim de determinar que a multa seja destinada ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município." (Apelação nº 3001982-21.2013.8.26.0526 – Salto, Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, rel. Des. Pinheiro Franco, j. em 18.5.2015).

Com relação à multa diária, é plenamente aplicável à Administração Pública, conforme precedente do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp 1299694/RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 29.10.15). O valor diário arbitrado (R$ 100,00 – cem reais) é razoável e deve, portanto, ser mantido, comportando, no entanto, limitação total ao montante de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), a fim de se evitar eventuais excessos e desproporção.

No mais, vencido o Município, são devidos honorários advocatícios em favor do patrono da parte contrária. O montante arbitrado pela magistrada de primeiro grau deve prevalecer, já que atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sobretudo à míngua de recurso da parte interessada pleiteando qualquer alteração.

Pelo exposto, dou provimento em parte ao reexame necessário, para a finalidade acima explicitada.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0173552-80.2012.8.26.0100/50001, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes LATIN AMÉRICA EXPORT FINANCE FUND LTDA. e CRECERA FINANCE MANAGEMENT COMPANY, LLC, é agravado LUNE ESPAÇO PARA EVENTOS LTDA. ME.

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 52253)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) e EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 6 de novembro de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE DE EXECUÇÃO. BEM IMÓVEL. HIPÓTESES DEFINIDAS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO TEMA 0243. NECESSIDADE DE CITAÇÃO VÁLIDA, RESSALVADA A HIPÓTESE PREVISTA NO § 4º DO ART. 828 DO CPC (ART. 615-A, § 3º, DO CPC REVOGADO). ALÉM DA CITAÇÃO, O RECONHECIMENTO DA FRAUDE DEPENDE DO REGISTRO DA PENHORA DO BEM ALIENADO OU DA PROVA DE MÁ-FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE (SÚMULA 375 DO STJ). SE NÃO EXISTIR REGISTRO DA PENHORA, PERTENCE AO CREDOR O ÔNUS DA PROVA DE QUE O TERCEIRO ADQUIRENTE TINHA CONHECIMENTO DE DEMANDA CAPAZ DE LEVAR O ALIENANTE À INSOLVÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO

Acesso ao Sumário

DESACERTO DA APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO ESTABELECIDO PELO STJ EM JULGAMENTO REPETITIVO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Latin America Export Finance Fund Ltda. e outra contra decisão que, em embargos de terceiro, negou seguimento a recurso especial, pois o acórdão recorrido observou a orientação estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 956.943/PR, julgado sob o regime dos recursos repetitivos. Alegam que a adquirente teria agido com má-fé, porque tinha o conhecimento da existência da constrição. Aduzem a necessidade de registro público para a transferência da propriedade do bem. Assinalam que, registrada a penhora sobre o bem, o credor adquire a preferência no resultado da alienação, nos termos do artigo 797 do CPC.

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 956.943/PR, sob o regime dos recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que, após a citação válida, o reconhecimento da fraude de execução depende de registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Súmula 375 do STJ), sendo que a boa-fé se presume e a má-fé se prova. Confira-se a fls. 894/896.

Neste contexto, o acórdão recorrido (fls. 721/724) está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao concluir pela não ocorrência da fraude de execução, porque ausente a citação válida. Confira-se trecho do acórdão: *"Conforme se*

Acesso ao Sumário

infere dos documentos trazidos aos autos, a transferência do imóvel ocorreu em 21 de novembro de 2008 (fls. 20/26), por meio de integralização às cotas sociais da apelante, fato registrado perante a Junta Comercial do Estado de Goiás, antes mesmo da propositura da execução, que se deu em janeiro de 2009, ainda que a escritura de incorporação e respectivo registro tenham ocorrido em momento posterior à penhora. Nesse trilho, observe-se que 'o terceiro celebrante de compromisso de compra e venda não registrado tem proteção de sua posse contra a penhora incidente sobre o patrimônio do alienante se a alienação ocorreu antes da citação do executado. Inteligência da Súmula nº 84/STJ' (Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 1034148 – SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, data de julgamento: 18/12/2008). A esse passo, considerando que a boa-fé da apelante não restou elidida e, ainda, que a transferência perante a Junta Comercial de Goiás foi realizada em data anterior ao ajuizamento da ação de execução, impõe-se, na hipótese, a proteção da posse da embargante contra os atos de turbação ou esbulho, decorrentes da penhora, a qual deverá ser desconstituída" (fls. 723/724).

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 3031855-32.2013.8.26.0602/50001, da Comarca de Sorocaba, sendo agravante Fazenda do Estado de São Paulo e agravado Danilo Rodrigues da Silva Nunes.

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 52.068)**

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 novembro de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVOS INTERNOS. Decisões monocráticas que negaram seguimento a recurso especial e extraordinário.

– A questão da aplicabilidade do art. 1º-F da Lei 9.494, com a redação dada pela Lei 11.960/09, em relação às condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, é matéria idêntica à tratada no rito dos recursos repetitivos – Resp. n. 1.495.146/MG.

– A validade da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre condenações impostas à Fazenda Pública segundo os índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança (Taxa referencial – TR), conforme determina o art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, é idêntica à matéria examinada pela Suprema Corte, no *leading case* RE n. 870.947/SE.

Nega-se provimento aos recursos.

VOTO

Trata-se de agravos internos interpostos por FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO (fls. 146/149 e 151/157) contra decisões desta Presidência que, em cumprimento ao artigo 1.030, inciso I, alínea "b", do Código de Processo Civil, negaram seguimento ao recurso especial pela identidade da matéria decidida no acórdão, à luz da orientação firmada no rito dos recursos repetitivos Resp. n. 1.495.146/MG, bem como ao recurso extraordinário por reconhecida identidade de matéria com orientação firmada pela Suprema Corte em julgado sob a técnica dos recursos seriais, nos autos do RE n. 870.947/SE.

Alegou a agravante, em síntese, o recurso especial preencheu os requisitos de admissibilidade. Aduziu, ainda, o REsp 1.495.146/MG (Tema 905/STJ) não há decisão definitiva não havendo cogitar em afastamento da TR para fins de correção monetária. No tocante ao recurso extraordinário, a publicação da decisão final proferida nos autos do RE 870.947-RG/SE (Tema 810/STF) se encontra pendente, sendo inviável precisar termos e limites do acórdão final e a ocorrência de eventual modulação de efeitos da decisão.

É o relatório.

Recebem-se os recursos como agravos internos, na forma do art. 1.030, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil e nos termos do artigo 33-A do

Acesso ao Sumário

Regimento Interno do Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Em cumprimento ao art. 1.030, inciso I, alínea "b", do Código de Processo Civil, proferiu-se as decisões agravadas de seguinte teor, ***verbis***:

"Considerando estar o v. acórdão em harmonia com o julgamento do mérito do REsp nº 1.495.146/MG, Tema nº 905, STJ, DJe 02/03/2018, no sentido de que:

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.

1.1 Impossibilidade 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

Acesso ao Sumário

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 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."

"No que diz respeito à impossibilidade de aplicação da Lei nº 11.960/09 para fins de correção monetária, considerando o julgamento do mérito do RE nº 870.947/SE e, em cumprimento ao disposto no art. 1.030, inciso I, alínea 'b', do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso no pertinente a esta questão."

Acesso ao Sumário

Há identidade entre a matéria aqui tratada referente a Juros moratórios – Correção Monetária – Lei 11.960/2009 e aquela examinada pela Suprema Corte na sistemática dos recursos repetitivos nos autos do REsp. n. 1.495.146/MG e RE n. 870.947/SE, correspondentes aos Temas 905 e 810, respectivamente, oportunidade em que fixadas as seguintes teses:

"1. Correção monetária: O art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/09), para fins de correção monetária, não é aplicável nas condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza. 1.1. Impossibilidade 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 11.960/09), 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 administrativa em geral.

.....

As condenações judiciais de natureza administrativa em geral, sujeitam-se aos seguintes encargos: a) até dezembro 2002: juros de mora de 05 % 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 11.960/09: juros de mora correspondentes à taxa Selic, vedada a cumulação com qualquer outro índice; c) período posterior à

Acesso ao Sumário

vigência da Lei 11.960/09: juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança; correção monetária com base no IPCA-E.

.....

4. <u>Preservação da coisa julgada.</u>

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."

"DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CRFB, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DE CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, QUANDO ORIUNDAS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CRFB, ART. 5º, CAPUT).

1. O princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput), no seu núcleo essencial, revela que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, os quais devem observar os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito; nas hipóteses de relação jurídica diversa da tributária, a fixação dos juros moratórios segundo índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto legal supramencionado.

2. O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/09, porquanto a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina."

Constata-se que a decisão da Eg. Turma Julgadora está em consonância

Acesso ao Sumário

com o entendimento da Suprema Corte em regime de recursos repetitivos, razão pela qual o apelo extremo revelava-se mesmo inadmissível, a teor do artigo 1.030, inciso I, alínea "b", do Código de Processo Civil, nada havendo que se modificar, portanto, nesta sede.

Não prospera, igualmente, a argumentação da não ocorrência do trânsito em julgado do Acórdão paradigma RE 870.947/SE pela interposição de embargos declaratórios.

Isso porque, na ocasião do julgamento do Tema 810 não havia qualquer decisão oriunda do Col. Supremo Tribunal Federal que autorizasse, no âmbito desta Presidência, a restrição na aplicação da sistemática dos recursos extraordinários repetitivos, tendo em conta o julgamento já ultimado do referido Tema.

No que diz respeito ao Tema 905/STJ – Resp nº 1.495.146/MG, há, igualmente, identidade entre a matéria aqui tratada referente a Juros Moratórios – Correção Monetária – Lei 11.960/09 Natureza Ação e aquela examinada pela Corte Superior na sistemática dos recursos repetitivos Resp. n. 1.495.146/MG, Tema n. 905 com julgamento definitivo de mérito, ***verbis***:

> **"1. Correção monetária: O art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/09), para fins de correção monetária, não é aplicável nas condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza. 1.1. Impossibilidade 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 11.960/09), 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**

Acesso ao Sumário

impostas à Fazenda Pública, excepcionadas as condenações oriundas de relação jurídico-tributária.

3. <u>Índices aplicáveis a depender da natureza administrativa em geral.</u>

.....

As condenações judiciais de natureza administrativa em geral, sujeitam-se aos seguintes encargos: a) até dezembro 2002: juros de mora de 05% 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 11.960/09: juros de mora correspondentes à taxa Selic, vedada a cumulação com qualquer outro índice; c)período posterior à vigência da Lei 11.960/09: juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança; correção monetária com base no IPCA-E.

.....

<u>4. Preservação da coisa julgada.</u>

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."

Inexistente erro na subsunção do caso concreto à sistemática dos recursos repetitivos, ficam mantidas as decisões.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo dos presentes recursos, deixa-se de infligir à agravante a multa prevista no art. 1.021, § 4º do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, nega-se provimento aos agravos internos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0047626-41.2009.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, sendo agravante Fazenda do Estado de São Paulo e agravados Siomara Monferdini Novo D arcadia e outros.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.728)**

Acesso ao Sumário

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, 13 de novembro de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO. Decisão monocrática que negou seguimento a recurso extraordinário.

– A validade da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre condenações impostas à Fazenda Pública segundo os índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança (Taxa referencial – TR), conforme determina o art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, é idêntica à matéria examinada pela Suprema Corte, no *leading case* RE n. 870.947/SE.

Nega-se provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo (fls. 246/256), contra decisão desta Presidência que, em cumprimento ao artigo 1.040 do Código de Processo Civil, negou seguimento a recurso extraordinário por reconhecida identidade de matéria com orientação firmada pela Suprema Corte em julgado sob a técnica dos recursos seriais, nos autos do RE n. 870.947/SE.

Alega a agravante, em síntese, que a publicação da decisão final proferida nos autos do RE 870.947-RG/SE (Tema 810/STF) se encontra pendente, sendo inviável precisar termos e limites do acórdão final, devendo ser o recurso interposto sobrestado, a fim de que se aguarde o resultado final de referido tema e a ocorrência de eventual modulação de efeitos da decisão.

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 do Código de Processo Civil, proferiu-se a decisão agravada de seguinte teor, ***verbis***:

Acesso ao Sumário

"Remetidos os autos à Turma julgadora para os fins do art. 543-B, § 3º, do revogado Código de Processo Civil (comando correspondente ao disposto no art. 1.040 da Lei 13.105, de 16.03.15) e diante das decisões de fls. 195/198 e 234/235, nego seguimento ao recurso extraordinário interposto."

Há identidade entre a matéria aqui tratada – referente a Juros moratórios – Correção Monetária – Lei 11.960/2009 – e aquela examinada pela Suprema Corte na sistemática dos recursos repetitivos nos autos do RE n. 870.947/SE, correspondente ao Tema 810, oportunidade em que fixada a seguinte tese:

"DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CRFB, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DE CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, QUANDO ORIUNDAS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CRFB, ART. 5º, CAPUT).

1. O princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput), no seu núcleo essencial, revela que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, os quais devem observar os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito; nas hipóteses de relação jurídica diversa da tributária, a fixação dos juros moratórios segundo índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto legal supramencionado.

2. O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/09, porquanto a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina."

Acesso ao Sumário

Constata-se que a decisão da Eg. Turma Julgadora está em consonância com o entendimento da Suprema Corte em regime de recursos repetitivos, razão pela qual o apelo extremo revelava-se mesmo inadmissível, a teor do artigo 1.040 do Código de Processo Civil, nada havendo que se modificar, portanto, nesta sede.

Não prospera, igualmente, a argumentação da não ocorrência do trânsito em julgado do Acórdão paradigma RE 870.947/SE pela interposição de embargos declaratórios.

Isso porque, na ocasião do julgamento do Tema 810 não havia qualquer decisão oriunda do Col. Supremo Tribunal Federal que autorizasse, no âmbito desta Presidência, a restrição na aplicação da sistemática dos recursos extraordinários repetitivos, tendo em conta o julgamento já ultimado do referido Tema.

Inexistente erro na subsunção do caso concreto à sistemática dos recursos repetitivos, fica mantida a decisão.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir 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 0048779-45.2014.8.26.0050/50001, da Comarca de São Paulo, em que são agravados RUBENS SANTOS ALVES DE PAULO, GILTON OLIVEIRA ALMEIDA JUNIOR e JONATHAN FERNANDO MENDES MAIA.

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 29.252)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE), EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e CAMPOS MELLO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 13 de novembro de 2018.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE JULGOU PREJUDICADO O RECURSO ESPECIAL. RECURSO REPETITIVO COM JULGAMENTO DEFINITIVO DO MÉRITO. HIPÓTESES IDÊNTICAS. DESPROVIMENTO. 1. Corrupção de menores. Prova da efetiva corrupção do inimputável. Desnecessidade. Delito formal. Hipóteses idênticas.

2. Agravo interno não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão desta Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 458/461) que, com fundamento no Tema 221, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, julgou prejudicado o recurso especial, com base no artigo 1.030, I, "b", do Código de Processo Civil.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo indeferimento do recurso ou pelo desprovimento no mérito (fls. 474/478).

É o relatório.

Conheço do presente agravo, nos termos do artigo 33-A, § 1º, I, do Regimento Interno deste Tribunal.

Julgou-se prejudicado o recurso especial, com fundamento no artigo 1.030, I, "b", do Código de Processo Civil, que preceitua:

Artigo 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos;

Desse modo, verificada a existência no recurso especial de tema que já foi objeto de apreciação pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça nos termos da legislação mencionada, cumpre negar seguimento a tal irresignação, como se procedeu na decisão de fls. 458/461, ora atacada.

Assim, o agravo interno interposto só mereceria acolhimento caso comprovada a divergência entre as decisões. Não é, contudo, o que se observa no presente caso.

A Defesa dos agravantes aludiu às fls. 442/443 que:

Acesso ao Sumário

[...]

Observe-se, igualmente, que não se trata nesta peça de questão ou matéria referente à prova, mas SIM em demandar acerca da inobservância do que dispõe o artigo 59 do Código Penal bem como à respeito da incidência do artigo 244-B da Lei que protege adolescentes e crianças.

[...]

Ora, entender que basta o adolescente estar presente para configuração do delito é dizer que a norma do artigo 244-B não prevê que o bem jurídico esteja sendo violado, ou seja, não há necessidade de que haja efetivamente à corrupção para que incida o apenamento. E tal, como visto, infere pura responsabilidade objetiva. (!)

Há necessidade que se avalie a prova dos autos para extrair se houve ou não corrupção do menor. Sem isso, desrespeita-se a norma porque torna a provável violação a bem jurídico irrelevante (!) e, por consequência, consagra-se a responsabilidade objetiva. Deixa-se, inclusive, de perquirir como efetivamente o réu maior "levou" o menor à corrupção com base nos fatos narrados e na prova colhida, ou seja, dispensa-se a fundamentação.

Assim, quando há indícios de que o menor já participou de outras empreitadas criminosas (por vezes sem a companhia dos réus maiores) como se poderá entender que suficiente sua presença na narrativa para que incida majoração de pena aos maiores?

Trata-se de deixar de fundamentar a decisão observando que a presença do menor já infere a responsabilização tendo como norte o fato de ser crime formal.

Pois bem: o fato de ser delito na modalidade formal não infere a desnecessidade de fundamentação adequada e, por fim, a indicação de como o bem jurídico foi violado. Na negativa em assim se proceder temos que não se trata de crime formal, mas SIM de clara abrigo pelo Relator de responsabilidade objetiva.

Observe-se que, sequer há individualização da conduta de corrupção em relação a cada um dos réus. Ora, quem corrompeu o menor e em que medida? Todos corromperam da mesma forma e em igual grau? Evidente que não. Portanto, mais claro restou que não houve apreciação correta do que dispõe o mencionado artigo. Impor pena de corrupção para todos os réus sem observar a individualização é também violar preceito que é base do ordenamento jurídico penal.

Portanto, restando patente que houve violação ao disposto no artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e, por consequência, da norma que implica em motivação de TODAS as decisões judiciais. E, sendo acolhido o entendimento da Defesa, se faz necessárias a retirada a referida majoração para todos os réus. (Fls. 431)

Já o v. acórdão de fls. 424/436, registrou que:

Acesso ao Sumário

[...]

Quanto ao crime de corrupção de menores, alterando posicionamento anterior e em conformidade com a Súmula 500, do Col. Superior Tribunal de Justiça, passo a entender que se trata de crime formal, do que decorre o reconhecimento da consumação do crime, independentemente, de estar demonstrado que o estado de corrupção do adolescente tenha decorrido da prática ilícita em tela.

A participação do adolescente na prática do crime em tela, por outro lado, restou suficientemente demonstrada pela prova oral da acusação, nos termos do art. 167, do Cód. de Proc. Penal.

Há que se considerar, ainda, as próprias declarações prestadas pelo menor na fase extrajudicial da persecução penal (fls. 69/70).

Impõe-se, no entanto, reconhecer o concurso formal entre os crimes de extorsão e corrupção de menores, pois, na mesma ação delituosa, foram praticados ambos os delitos, que atingiram a consumação."

Tal r. decisão está em conformidade com o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, manifestado nos Recursos Especiais Repetitivos nº 1.127.954/DF e nº 1.112.326/DF, como mencionado, no sentido de que para a configuração do crime previsto no artigo 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente (que revogou o artigo 1º, da Lei nº 2.252/54), não se faz necessária a prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal.

Dessa forma, não há divergência entre as teses abordadas a autorizar o provimento da insurgência.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0016744-47.2012.8.26.0003/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ITAÚ UNIBANCO S/A, é agravado JORGE FERNANDES LIMA PEREIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

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), FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE).

Acesso ao Sumário

São Paulo, 22 de novembro de 2018.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. INADMISSIBILIDADE DE COBRANÇA CUMULADA COM OUTROS ENCARGOS REMUNERATÓRIOS E MORATÓRIOS. SÚMULAS 30, 294 E 296 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TEMA 52). 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 Itaú Unibanco S/A contra decisão que, em demanda revisional, negou seguimento a recurso especial, pois o acórdão recorrido observou as orientações estabelecidas pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nº 1.058.114/RS e nº 1.063.343/RS, julgados sob o regime dos recursos repetitivos. Alega que os encargos moratórios não podem ser confundidos com a comissão de permanência. Aduz omissão do v. acórdão quanto à contratação desta taxa. Assinala, ainda, afronta aos artigos 489, § 1º, IV e VI, 927, III e IV, 932, V, "*a*" e "*b*", todos do CPC e colaciona julgado em abono a sua tese.

Não houve apresentação de contraminuta (cf. a fls. 478).

É o relatório.

Anote-se, inicialmente, que o agravo interno está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes, nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017.

O recurso apenas comportará provimento se o recorrente demonstrar que, por ausência de similitude fática, o entendimento estabelecido pelo STJ não se aplica ao caso concreto, conforme previsto no Acordo de Cooperação celebrado para regulamentação dos procedimentos relativos ao processamento e julgamento de recursos especiais repetitivos (cláusula 4.4).

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o acórdão objeto do inconformismo especial e os paradigmas apontados na decisão recorrida é evidente.

Acesso ao Sumário

Com efeito, julgados os Recursos Especiais nº 1.058.114/RS e nº 1.063.343/RS, sob o regime dos recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que é considerada válida a pactuação de cláusula de comissão de permanência desde que não cumulada com a correção monetária e com quaisquer outros encargos remuneratórios ou moratórios na forma antes consolidada na Súmula 30 ("*A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis*"), Súmula 294 ("*Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato*") e Súmula 296 ("*Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado*"). Confira-se a fls. 460/462.

Neste contexto, o acórdão recorrido (fls. 321/325) está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao concluir que: *"No tocante à cumulação de comissão de permanência com correção monetária, os recorrentes têm razão. A cláusula 13 da avença prevê a cobrança de juros moratórios correspondente à taxa dos juros remuneratórios acrescido de 1% ao mês, de multa de 2% e de correção monetária (cf. fls. 33). Ocorre que o somatório dos encargos previstos nos itens 'b' e 'c' da cláusula 13 a fls. 33 corresponde justamente à comissão de permanência, em conformidade com o disposto na Súmula 472 do Superior Tribunal de Justiça, e é inviável a cumulação da cobrança desse encargo com o reajuste monetário previsto no item 'a' da cláusula 13 em destaque, diante do disposto na Súmula 30 do Superior Tribunal de Justiça. Assim, na hipótese de inadimplemento, o credor pode cobrar apenas o somatório dos encargos previstos nos itens 'b' e 'c' da cláusula 13 da avença (fls. 33)"*. (fls. 323/324).

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

De resto, as razões do recurso envolvendo os artigos 489, § 1º, IV e VI, 927, III e IV, 932, V "*a*" e "*b*" todos do CPC 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 1.273.50/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.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2007372-

Acesso ao Sumário

44.2015.8.26.0000/50000, da Comarca de Pirapozinho, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A (SUCESSOR DE BANCO NOSSA CAIXA S/A), é agravado MARCIO LEANDRO DA CRUZ.

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 53361)**

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, 22 de novembro 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). NECESSIDADE DE PRÉVIA LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. REQUISITO ATENDIDO (TEMA 482). LEGITIMIDADE ATIVA DOS POUPADORES E DE SEUS SUCESSORES, INDEPENDENTEMENTE DE FAZEREM PARTE DOS QUADROS ASSOCIATIVOS DO IDEC (TEMA 724). JUROS REMUNERATÓRIOS E EXPURGOS INFLACIONÁRIOS POSTERIORES A TÍTULO DE CORREÇÃO MONETÁRIA PLENA DO DÉBITO. INCIDÊNCIA (TEMA 887). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO EM CONSONÂNCIA COM O RECURSO ESPECIAL Nº 1.134.186/RS (TEMAS 407 A 410). RAZÕES RECURSAIS, NO MAIS, IMPERTINENTES NESTA VIA RECURSAL. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO, NA PARTE CONHECIDA.

Acesso ao Sumário

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 1.247.150/PR, 1.391.198/RS, 1.392.245/DF e 1.134.186/RS, julgados sob o regime dos recursos repetitivos. Alega: (a) imprescindibilidade de prévia liquidação de sentença; (b) necessidade de demonstração pelo poupador do vínculo associativo com o IDEC; (c) violação da coisa julgada, em razão da inclusão indevida de juros remuneratórios e de outros expurgos inflacionários no cálculo do débito; (d) impossibilidade de fixação dos honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença; e (e) a necessidade de aplicação do decidido nos Recursos Extraordinários nºs 573.232/SC e 885.658/SP e de suspensão do feito até o julgamento final do Recurso Especial nº 1.438.263/SP.

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 os paradigmas apontados na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, ao julgar o Recurso Especial nº 1.247.150/PR, o STJ fixou a seguinte tese repetitiva: *"1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: (...) 1.2. A sentença genérica prolatada no âmbito da ação civil coletiva, por si, não confere ao vencido o atributo de devedor de 'quantia certa ou já fixada em liquidação' (art. 475-J do CPC), porquanto, 'em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica', apenas 'fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados' (art. 95 do CDC). A condenação, pois, não se reveste de liquidez necessária ao cumprimento espontâneo do comando sentencial, não sendo aplicável a reprimenda prevista no art. 475-J do CPC"* (tema 482).

A propósito da legitimidade ativa, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, na condição de Presidente da Comissão Gestora de Precedentes do STJ,

Acesso ao Sumário

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.

No que diz respeito aos expurgos inflacionários, o STJ, ao julgar o Recurso Especial Repetitivo nº 1.392.245/DF, estabeleceu as seguintes teses: *"Na execução individual de sentença proferida em ação civil pública que reconhece o direito de poupadores aos expurgos inflacionários decorrentes do Plano Verão (janeiro de 1989): (I) descabe a inclusão de juros remuneratórios nos cálculos de liquidação se inexistir condenação expressa, sem prejuízo de, quando cabível, o interessado ajuizar ação individual de conhecimento; (II) incidem os expurgos inflacionários posteriores a título de correção monetária plena do débito judicial, que terá como base de cálculo o saldo existente ao tempo do referido plano econômico, e não os valores de eventuais depósitos da época de cada plano subsequente"* (tema 887).

E, julgado o Recurso Especial nº 1.134.186/RS, o Superior Tribunal de Justiça fixou as seguintes teses, sob o regime dos recursos repetitivos: *"1.1 São cabíveis honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, haja ou não impugnação, depois de escoado o prazo para pagamento voluntário a que alude o art. 475-J do CPC, que somente se inicia após a intimação do advogado, com baixa dos autos e aposição do 'cumpra-se' (REsp. nº 940.274/MS); 1.2 Não são cabíveis honorários advocatícios pela rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença; 1.3 Apenas no caso de acolhimento da impugnação, ainda que parcial, serão arbitrados honorários em benefício do executado, com base no artigo 85, § 8º, do CPC"* (temas 407 a 410). Confira-se a fls. 430/435.

Acesso ao Sumário

Neste contexto, os acórdãos recorridos (fls. 64/84 e 416/421) estão em perfeita sintonia com as orientações superiores, ao concluir pela: (a) observância da necessidade de liquidação em razão das peculiaridades do caso concreto; (b) desnecessidade de associação ao IDEC para a propositura da ação; (c) incidência dos juros remuneratórios, em razão da condenação expressa na sentença, e aplicação da Tabela Prática do TJSP para atualização monetária do débito exequendo; e (d) incidência dos honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, porque a Turma Julgadora entendeu que o depósito havido não configurou pagamento.

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

De resto, em relação à aplicação do decidido nos Recursos Extraordinários nºs 573.232/SC e 885.658/SP, é inviável a revisão da decisão por esta Câmara Especial de Presidentes em sede de agravo interno em recurso especial, a teor do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017, e do art. 1.042 do CPC. E não se aplica a suspensão dos processos determinada no Recurso Especial nº 1.438.263/SP, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça, na sessão de julgamento de 27.9.2017, desafetou do regime dos recursos repetitivos os Recursos Especiais nºs 1.361.799/SP e 1.438.263/SP (temas 947 e 948).

Pelo exposto, nego provimento ao agravo interno, na parte conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0000873-91.2013.8.26.0568/50001, da Comarca de São João da Boa Vista, em que é agravante ADEMIR BELCHIOR.

ACORDAM, em 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 28.667)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE), EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e CAMPOS MELLO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 27 de novembro de 2018.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

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 interno interposto contra a decisão desta Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 286) 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 indeferimento do recurso ou pelo desprovimento no mérito (fls. 306/322).

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:

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. 286, 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

Acesso ao Sumário

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. 249, 250, 259 e 260 que:

[...]

Tendo em conta as vv. decisões, que ao ver deste subscritor, "máxima concessa", quedaram inertes na prestação judicial ao não balizarem fundamentadamente a pugna recursal e, ainda, contrariaram ao menos três dispositivos constitucionais, interpõe-se agora este recurso extraordinário, tendo como supedâneo a violação aos ***arts. 93, IX, e 5º, LIV e LV, todos da Constituição Federal.***

[...]

Como se pode observar deste breve relato, o presente recurso tem como objeto, ***primeiro****, apontar a falta de fundamentação do decidido em sede de apelação e embargos declaratórios, porquanto não teriam, d.v., os vv. acórdãos atendido, nos termos do art. 93, IX, da Carta da República, a exigência constitucional. [...].*

Pois bem. Desde a r. sentença ***vem o recorrente desafiando não só a ausência de fundamentação na aplicação da pena, como também o "error in procedendo" que remete à OFENSA DIRETA AOS INCISOS LIV E LV da Constituição Federal,*** *à medida em que condena o réu sem valer-se de meio legal adequado, regulamentador do tipo penal pelo qual fora denunciado****, vez que privou o ora recorrente do exercício pleno de sua defesa, a vista da negativa de meios inerentes à efetividade do devido processo legal****.*

[...]

Em síntese, viola de forma primária o texto constitucional, sendo para que se chegue à conclusão de violação, despicienda a análise de outro texto legal que não a própria Constituição Federal. Tal violação, destarte, é explícita, imediata e manifesta ao texto constitucional. Basta tão e somente que a Suprema Corte ao analisar as razões do recurso extraordinário, ***enfrente a interpretação dada ou a negativa de vigência ao texto constitucional por parte do órgão de origem, que emanou a decisão recorrida****.*

[...]

Sucede que, a falta da análise ***expressa*** *das questões suscitadas em razões de apelação não é admitida pela jurisprudência, ferindo patentemente o* ***imperativo da ampla defesa****, bem como o* ***imperativo da fundamentação das decisões judiciais****.*

[...]

Consiste a ampla defesa na oportunidade de o réu contraditar a acusação, através da previsão legal de termos processuais que possibilitem a eficiência da defesa, como já se disse. Ampla defesa, porém, não significa oportunidade ou prazos ilimitados.

A ampla defesa se traduz, em termos objetivos, englobando a instrução contraditória, em algumas soluções técnicas dentro do processo, as quais, na verdade, tornam efetiva a garantia.

[...]

No presente caso em tela, observa-se como INCONSTITUCIONAL**, o fato de se ter condenado o recorrente, sem que se tenha apreciado a **NORMA REGULAMENTADORA DO TIPO PENAL** pelo qual fora denunciado, de modo que se assim se procedesse, por certo, sua absolvição seria **IMPERATIVA!

Já os v. acórdãos de fls. 192/200 e 211/219, registraram que:

[...]

Respeitosamente, nego provimento ao recurso e justifico. Cf. imputação posta na exordial acusatória, no dia 21.12.2012, por volta das 21h40m, na Rodovia SP 344, KM 227 + 10 metros, o réu, Ademir Belchior, conduziu veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou substância psicoativa que determine dependência.

Segundo o apurado, por estar alcoolizado e com o senso crítico alterado, o denunciado conduzia seu automóvel pela contramão de direção pela referida rodovia, somente vindo a parar após a intervenção de um usuário da rodovia, que prontamente acionou a polícia militar.

Inicialmente, é de se esclarecer que o caso em tela foi cometido sob a égide da Lei n. 12.760/12 que incluiu o § 2º ao art. 306 do Cód. de Trânsito Brasileiro passando este a ter a seguinte redação: "A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova" (verbis).

Neste sentido: STJ – HC n. 246.553 MT Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura j. 08.10.13.

E ainda: "A Lei n.º 12.760/12 modificou o artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, a fim de dispor ser despicienda a avaliação realizada para atestar a gradação alcóolica, acrescentando ser viável a verificação da embriaguez ao volante mediante vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova, de modo a corroborar a alteração da capacidade psicomotora" (STJ, HC 328.516/RS, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 22.10.2015).

No caso em comento, a embriaguez do apelante, cf. se verifica pela leitura dos autos, foi comprovada pela palavra dos agentes policiais que atenderam a ocorrência e pelo relatório médico que confirmou a presença de "hálito sugestivo de consumo alcoólico" (verbis) (fl. 6).

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, aliás, já se pronunciou o E. Superior Tribunal de Justiça: (...) Com o advento da Lei n. 12.760/2012, o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/1997) foi alterado de forma a tornar dispensável a realização do teste do bafômetro para a constatação do estado de embriaguez do condutor do veículo. Assim, a alteração da capacidade psicomotora do agente poderá ser verificada mediante exame clínico, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de provas admitidos, observado o direito à contraprova. (...) In casu, a alteração da capacidade psicomotora do paciente restou suficientemente comprovada pela prova testemunhal, pelo laudo pericial e pelo exame laboratorial, não havendo se falar em constrangimento ilegal (...)" (HC 322.611/RS, rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., J. 1.10.2015).

De igual teor, outros julgados daquela E. Corte Superior: RHC 64.645/SP, rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., J. 17.5.2016; e HC 328.516/RS, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., J. 1.10.2015.

Daí, porque, válidas as provas que confirmaram a embriaguez do acusado, seja pela prova oral, seja pelo atestado médico que confirmou a embriaguez por meio de hálito etílico, de modo que fica afastada a alegação de ausência de materialidade.

Nem se olvide que a alegada diabetes que supostamente acomete ao paciente e que poderia, segundo as razões postas na apelação, ter alterado a capacidade psicomotora do sentenciado foram comprovadas.

Sequer laudo de médico que acompanha a pretensa doença foi juntado aos autos.

Importa salientar que, para a configuração do crime em discussão, prescindível a comprovação do nexo causal entre a ingestão de bebida alcoólica e o perigo concreto da conduta do agente.

A objetividade jurídica do delito tipificado no art. 306 do Cód. de Trânsito Brasileiro transcende a mera proteção da incolumidade pessoal para alcançar também a tutela de toda a sociedade, ambas asseguradas pelo incremento dos níveis de segurança nas vias públicas.

No caso, o delito previsto no art. 306 do Cód. de Trânsito Brasileiro é de perigo abstrato para o qual não importa o resultado.

Com o advento da Lei n. 11.705/2008, optou o legislador por não exigir a prova do risco potencial de dano causado pela conduta do agente que dirige embriagado, bastando para a configuração do delito a comprovação de que ele conduzia veículo automotor, na via pública, com sua capacidade psicomotora alterada em virtude da ingestão de bebida alcoólica.

Todos esses dados são suficientes para caracterização do delito, desnecessário seria constatar eventual manobra irregular do apelante na condução do automóvel, pois, de acordo com precedente da E. Corte Superior, "(...) Para tipificação do delito do art. 306 do Código Penal, é prescindível a descrição de direção anormal, como direção em zigue-

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

zague, na contramão e etc. (...)" (HC 206009/RJ, 6ª T., rel. Vasco Della Giustina, Des. Convocado do TJ/RS, j. de 06/03/12).

Por derradeiro, o recorrente não se insurge com relação aos demais pontos autoria, pena e regime fixados pela r. sentença, os quais permanecem inalterados, nos moldes como proferidos por S. Exa., a MM. Juíza.

Ante o exposto, nos termos do voto, nego provimento.

[...]

Na sessão de 18.8.2017 (fls. 191/200) negamos provimento.

Respeitosamente, não houve erro nenhum, posto que a resolução n. 206, de 20 de outubro de 2006, do Conselho Nacional de Trânsito, em cujo art. 1º ficaram estabelecidos os correspondentes procedimentos específicos para confirmar se o condutor se encontrava dirigindo sob a influência do álcool ou de qualquer substância entorpecente, ao tempo dos fatos (21.12.2012), fora tacitamente revogada por conta da nova redação do art. 306, § 2º da lei 9.503/1997, que transcrevemos a seguir:

"A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova" (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012).

A prova de fl. 6 preenche o requisito, mesmo porque, convenhamos, os fatos se deram na rodovia e houve demora na condução do faltoso para a repartição pública. O boletim de ocorrência de fls. 4/5 refere como horário do ocorrido 21,40 horas e horário da comunicação, duas horas depois, 23,40 horas.

Não bastasse o tempo decorrido e as dificuldades para interação com o varão, a autoridade policial, considerando a lei vigente (lei 12.760/2012), deu-se por satisfeita com a bojudíssima prova oral e a constatação de fl. 6, por médico (Doutor Leonardo M. Fontanezi, CRM n. 138.325, vinculado à prefeitura local).

Ademais, oportuno transcrever o disposto no art. 167 do Cód. de Processo Penal, dadas as naturais dificuldades para condução do infrator à repartição de saúde e, a seguir, à repartição policial:

"Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta".

Quanto ao segundo tema, novamente sem razão o embargante, pese o mais acendrado respeito de que é merecedor.

É que o "relatório médico", exarado dois anos e quatro meses depois, reporta sim, de modo singelo, diabetes sob controle, o que não quer dizer estivesse em surto da doença na noite dos fatos, já que a prova oral, reiteradamente, afirma "hálito etílico".

Contraprova merecia mais substância e mais contemporaneidade.

Singelo por demais e muito atrasado em relação ao fato, por sinal,

Acesso ao Sumário

amplamente contrariado por testemunhos e, por fim, sequer houve pedido de prova naquele sentido quando apresentada a defesa preliminar (vide fls. 56/57).

Sem reparos, pois.

No mais aqui vemos mero pedido de reconsideração, descabido nesta seara.

[...]

Ou seja, aquele que julga não está legalmente obrigado a se manifestar sobre todos os pontos alegados pelas partes, mas somente sobre aqueles que entender sejam realmente necessários para o julgamento do feito, de acordo com seu livre convencimento fundamentado (CPC, art. 131), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso e nesse sentido os precedentes: STJ, AgRg no Ag n. 638.361/PB, rel. Min. JOSÉ DELGADO, 1ª T., v.u., j. 03/03/2005, DJ 19/12/2005; STJ, AgRg no REsp n. 705.187/SC, rel. Min. LUIZ FUX, 1ª T., v.u., j. 15/09/2005, DJ 26/09/2005.

Na verdade, o embargante pretende somente rever decisão unânime, para o que não se prestam os presentes embargos, rediscutindo questões que, mediante fundamentação pertinente, já encontraram desate derradeiro. Também nesse sentido o E. Superior Tribunal de Justiça 1ª T. – REsp. 11.465-0-SP, rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO: "Mesmo nos embargos de declaração, com o fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é o meio hábil ao reexame da causa".

Tais decisões, assim, estão em conformidade com o r. *decisum* do Pretório Excelso, 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 2155305-55.2014.8.26.0000/50000, da Comarca de Iepê, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravada VERA LUCIA BRAGA DIAS.

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 54041)**

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, 28 de novembro 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). FORO COMPETENTE. RECONHECIMENTO AO BENEFICIÁRIO DO DIREITO DE AJUIZAR O CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DA SENTENÇA COLETIVA NO JUÍZO DE SEU DOMICÍLIO (TEMA 480). LEGITIMIDADE ATIVA DOS POUPADORES E DE SEUS SUCESSORES, INDEPENDENTEMENTE DE FAZEREM PARTE DOS QUADROS ASSOCIATIVOS DO IDEC (TEMA 724). JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. CITAÇÃO DO DEVEDOR NA FASE DE CONHECIMENTO (TEMA 685). JUROS REMUNERATÓRIOS E EXPURGOS INFLACIONÁRIOS POSTERIORES A TÍTULO DE CORREÇÃO MONETÁRIA PLENA DO DÉBITO. INCIDÊNCIA (TEMA 887). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO EM CONSONÂNCIA COM O RECURSO ESPECIAL Nº 1.134.186/RS

Acesso ao Sumário

(TEMAS 407 A 410). RAZÕES RECURSAIS, NO MAIS, IMPERTINENTES NESTA VIA RECURSAL. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO, NA PARTE CONHECIDA.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Banco do Brasil S.A. contra decisão que, em cumprimento individual de sentença proferida em ação civil pública, negou seguimento a recurso especial, pois o acórdão recorrido observou as orientações estabelecidas pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nºs 1.243.887/PR, 1.391.198/RS, 1.361.800/SP, 1.370.899/SP, 1.392.245/DF e 1.134.186/RS, julgados sob o regime dos recursos repetitivos. Alega: (a) incompetência do foro do domicílio do poupador para o trâmite do cumprimento individual da sentença coletiva; (b) necessidade de demonstração pelo poupador do vínculo associativo com o IDEC; (c) a necessidade de suspensão do processo conforme determinado no recurso especial nº 1.438.263/SP e nos recursos extraordinários nºs 573.232/SC e 885.658/SP; (d) necessidade de fixação do termo inicial dos juros de mora a partir da intimação para pagamento nos autos de habilitação/liquidação de sentença; (e) necessidade de trânsito em julgado nos Recursos Especiais nºs 1.361.800/SP e 1.370.899/SP; (f) violação da coisa julgada, em razão da inclusão indevida de juros remuneratórios e de outros expurgos inflacionários no cálculo do débito; e (g) impossibilidade de fixação dos honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença.

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.

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 os paradigmas apontados na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, julgado o Recurso Especial nº 1.243.887/PR sob o regime dos recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva podem ser ajuizadas no foro do domicílio do beneficiário, pois os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido (tema 480).

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.

Além do mais, julgados os Recursos Especiais Repetitivos nºs 1.361.800/SP e 1.370.899/SP, a mesma Corte determinou que os juros de mora devem incidir a partir da citação do devedor no processo de conhecimento da ação civil pública, quando esta se fundar em responsabilidade contratual cujo inadimplemento já produza a mora, ressalvada a hipótese de configuração da mora em momento anterior (tema 685).

No que diz respeito aos expurgos inflacionários, o STJ, ao julgar o Recurso Especial Repetitivo nº 1.392.245/DF, estabeleceu as seguintes teses: *"Na execução individual de sentença proferida em ação civil pública que reconhece o direito de poupadores aos expurgos inflacionários decorrentes do Plano Verão (janeiro de 1989): (I) descabe a inclusão de juros remuneratórios nos cálculos de liquidação se inexistir condenação expressa, sem prejuízo de, quando cabível, o interessado ajuizar ação individual de conhecimento; (II) incidem os expurgos inflacionários posteriores a título de correção monetária plena do débito judicial, que terá como base de cálculo o saldo existente ao tempo do referido plano econômico, e não os valores de eventuais depósitos da época de cada plano subsequente"* (tema 887).

Acesso ao Sumário

E, julgado o Recurso Especial nº 1.134.186/RS, o Superior Tribunal de Justiça fixou as seguintes teses, sob o regime dos recursos repetitivos: *"1.1 São cabíveis honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, haja ou não impugnação, depois de escoado o prazo para pagamento voluntário a que alude o art. 475-J do CPC, que somente se inicia após a intimação do advogado,*

com baixa dos autos e aposição do 'cumpra-se' (REsp. nº 940.274/MS); 1.2 Não são cabíveis honorários advocatícios pela rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença; 1.3 Apenas no caso de acolhimento da impugnação, ainda que parcial, serão arbitrados honorários em benefício do executado, com base no artigo 85, § 8º, do CPC" (temas 407 a 410). Confira-se a fls. 241/246.

Neste contexto, o acórdão recorrido (fls. 575/581), está em perfeita sintonia com as orientações superiores, ao concluir pela: (a) competência do juiz de Primeira Instância; (b) desnecessidade de associação ao IDEC para a propositura da ação; (c) fixação do termo inicial dos juros de mora a partir da citação do devedor no processo de conhecimento da Ação Civil Pública; (d) incidência dos juros remuneratórios, em razão da condenação expressa na sentença e aplicação da Tabela Prática do TJSP para atualização monetária do débito exequendo; e (f) incidência dos honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, porque a Turma Julgadora entendeu que o depósito havido nos autos não configurou pagamento do débito no prazo assinalado.

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos, que não pressupõe trânsito em julgado conforme manifestação da própria Corte Superior: *"A orientação jurisprudencial desta Corte é no sentido de que é desnecessário aguardar-se o trânsito em julgado de decisão proferida em matéria repetitiva e repercussão geral para sua aplicação"* (Embargos de Declaração no Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.607.907/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 10.4.2018).

De resto, em relação à aplicação do decidido nos Recursos Extraordinários nºs 573.232/SC e 885.658/SP, é inviável a revisão da decisão por esta Câmara Especial de Presidentes em agravo interno em recurso especial, a teor do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017, e do art. 1.042 do CPC. E não se aplica a suspensão dos processos determinada no Recurso Especial nº 1.438.263/SP, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça, na sessão de julgamento de 27.9.2017, desafetou do regime dos recursos repetitivos os Recursos Especiais nºs 1.361.799/SP e 1.438.263/SP (temas 947 e 948).

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 1035964-72.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PAULO EDUARDO NORI MORTARI, é apelado 4º 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: "Negaram provimento à apelação, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto nº 37.589)**

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, 12 de novembro de 2018.

PINHEIRO FRANCO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: Registro de Imóveis – Compromisso de cessão de direitos de unidade autônoma – Desqualificação do título – Necessidade de prévio registro da incorporação, além do registro dos títulos aquisitivos em nome da transmitente e da apresentação de prova de sua representação – Precedentes deste C. Conselho Superior da Magistratura – Apelação desprovida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença proferida pela MM.ª Juíza Corregedora Permanente do 4º Oficial de Registro de Imóveis da Capital[1], que manteve a recusa ao registro de instrumento particular de compromisso de cessão de direitos das unidades nos 51 e 52 do empreendimento a ser construído no imóvel objeto das matrículas nºs 150.508, 146.952, 178.056 e 45.066, sob o fundamento de ser necessário o prévio registro da incorporação imobiliária, além do registro dos títulos aquisitivos em nome da transmitente e

1 Fls. 120/124.

da apresentação de prova de sua representação.

Sustenta o apelante, em síntese, que a responsabilidade pela falta de registro de incorporação não lhe pode ser imputada, ressaltando tratar-se de uma exigência impossível de ser cumprida. Diz que não há ofensa ao princípio da continuidade registral, pois o título que pretende registrar identifica os sujeitos participantes do negócio jurídico. Afirma, ainda, que há excesso de formalismo e que não há fundamento legal para a exigência da prova da representação da promitente vendedora.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

O apelante, por meio de instrumento particular de compromisso de cessão de direitos, adquiriu duas unidades autônomas de um empreendimento a ser edificado na Rua Casa do Ator, nº 228/232.

No entanto, da análise das matrículas nºs 150.508, 146.952, 178.056 e 45.066 do 4º Oficial de Registro de Imóveis da Capital, é possível constatar que a incorporação imobiliária não foi objeto de registro. Ademais, no fólio real não consta como titular de domínio a pessoa jurídica que, no contrato celebrado entre as partes, figurou como promitente cedente.

Assim sendo, sob pena de violação ao princípio da continuidade, não há como se afastar as exigências referentes ao prévio registro do título aquisitivo da promitente cedente.

E por força de expressa disposição legal, mostra-se correto o óbice relativo à ausência do registro do memorial de incorporação, ante o disposto no art. 32 da Lei nº 4.591/64. Quanto às razões que justificam a exigência do prévio registro da incorporação, ensina Caio Mário da Silva Pereira: *"No entanto, a grande inovação, diríamos mesmo, a revolução operada pela Lei nº 4.591/64, no sistema vigente, foi a fixação dos requisitos para que uma incorporação seja lançada e as unidades comprometidas ou vendidas. Ao contrário do que antes ocorria, quando o incorporador negociava sem oferecer garantias e o adquirente realizava verdadeiro salto no escuro, sob todos os aspectos a lei nova cuidou particularmente do assunto fez dele um capítulo, imprimindo-lhe ênfase toda especial"* (Condomínio e Incorporações: 12ª ed. rev. e atual. Forense; fls. 210).

Sobre o tema, já ficou decidido que:

> *Registro de Imóveis – Compromisso de cessão de direitos de unidade autônoma – Pedido de registro do instrumento – Desqualificação – Necessidade de prévio registro da incorporação – Inteligência do artigo 32 da Lei nº 4.591/64 – Precedentes deste Conselho Superior – Apelação desprovida.* (TJSP; Apelação 1009154-60.2016.8.26.0100; Relator: Pereira Calças; Órgão Julgador: Conselho Superior da Magistratura; Foro Central Cível – 1ª Vara de Registros Públicos; Data do Julgamento: 10/11/2016; Data de Registro: 12/12/2016).

Por fim, também cabível a exigência de prova da representação da promitente cedente, a teor do quanto previsto no art. 1.060 do Código Civil:

> *Art. 1.060. A sociedade limitada é administrada por uma ou mais pessoas designadas no contrato social ou em ato separado. Parágrafo único. A administração atribuída no contrato a todos os sócios não se estende de pleno direito aos que posteriormente adquiram essa qualidade.*

Desse modo, somente com a apresentação do contrato social atualizado da pessoa jurídica cedente estaria comprovado que o subscritor do contrato de cessão de direitos efetivamente tinha poderes para representar a cedente.

Corretos, pois, os óbices apresentados ao pretendido registro.

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000036-33.2018.8.26.0539, da Comarca de Santa Cruz do Rio Pardo, em que é apelante JT – LOTEADORA E INCORPORADORA LTDA., é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE SANTA CRUZ DO RIO PARDO.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso e julgaram improcedente a dúvida, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto nº 37.583)**

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, 12 de novembro de 2018.

PINHEIRO FRANCO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS. Loteamento. Art. 18, § 2º, da Lei nº 6.766/79. Item 181 do Capítulo XX das NSCGJ. Ação de conhecimento na qual houve condenação dos sócios da loteadora em quantia pecuniária. Pendência de julgamento de recurso

Acesso ao Sumário

pela apelação cível na qual se discute o valor da indenização. Pretensão fundada em direito pessoal. Inexistência de plausibilidade suficiente de direito à indenização em valores que possam atingir os futuros adquirentes dos lotes. Recurso provido.

VOTO

A JT – LOTEADORA E INCORPORADORA LTDA. interpõe recurso de apelação contra r. sentença de fls. 1091/1094, que manteve o óbice levantado pelo Oficial de Registro de Imóveis e Anexos de Santa Cruz do Rio Pardo, obstando registro de loteamento, diante da falta de comprovação de que a ação de conhecimento que tramitou naquela Comarca não prejudicará os futuros adquirentes dos lotes.

Sustenta a recorrente que está cabalmente comprovado que a ação que obsta o registro (Proc. nº 1000152-44.2015.8.26.0539) se limita à discussão a respeito de qual das partes tem culpa na rescisão contratual, se o lucro do empreendimento deverá ser partilhado pelos litigantes e se a parte lesada com a rescisão terá ou não direito à indenização.

Diz, ainda, que o registro do loteamento é necessário, inclusive, para tornar viável o resultado da ação, à míngua de interesse de qualquer das partes na paralisação do empreendimento.

Sustenta, por fim, que há garantias suficientes para o débito eventualmente imposto em futura condenação.

D. Procuradoria opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 1125/1131).

É o relatório.

DECIDO.

Presentes os pressupostos processuais e administrativos, conheço do recurso.

No mérito, a r. sentença, respeitosamente, deve ser reformada.

A recorrente protocolou junto à serventia imobiliária pedido de registro do *Loteamento Residencial Jardim América*, Comarca de Santa Cruz do Rio Pardo, matrícula nº 8.148, a ser implantado pela proprietária, ora recorrente.

Pelas notas devolutivas de fls. 684/686, 704/706 e 1013/1014, o ingresso foi negado por não haver comprovação de que a loteadora possuiria patrimônio suficiente para garantir eventual condenação decorrente da ação nº 1000152-44.2015.8.26.0539, que tramitou perante a 2ª Vara Cível daquela Comarca.

Na referida ação, *Maria Aparecida de Lima Tavares*, *Roselene Aparecida Tavares Lippman* (sócias da apelante), *Antônio Geraldo Lippman*, *Claiton de Almeida Tavares* e *Cláudia Cristiane Pegorer Tavares* litigam com *Murilo*

Acesso ao Sumário

Scatamburlo EPP. O litígio envolve a resolução do contrato e discussão de culpa pelo inadimplemento da avença firmada para o desenvolvimento do projeto do loteamento.

A empresa *Murilo Scatamburlo EPP* seria responsável pelos custos de comercialização, que englobava desde o desenvolvimento de projetos até a contratação de força de vendas para a comercialização dos lotes.

Na referida ação, uma parte imputa à outra a culpa pelo inadimplemento contratual, e tanto no pedido inicial como na reconvenção, ambas buscam a condenação dos adversários ao pagamento pela reparação material e moral.

Durante o trâmite da referida ação, fora interposto agravo de instrumento nº 2221774-49.2015.8.26.0000, que fora provido pela 1a. Câmara de Direito Privado, em decisão definitiva, para que a apelante continuasse com a execução do projeto do loteamento, sem prejuízo de participação dos litigantes nos resultados eventualmente daí advindos (fls. 875/880).

E pelo que se colhe dos autos, a r. sentença proferida naquela ação julgou procedente em parte os pedidos (fls. 855/863), rescindido o contrato entabulado entre as partes e condenando os sócios da apelante ao pagamento de R$ 250.000,00.

O MM. Juiz reconheceu que os sócios da apelante não cumpriram sua obrigação de tempestiva retificação do registro das áreas contratuais, na forma prevista, e que somente a matrícula nº 8.148, que é aquela relativa a este procedimento, estava devidamente retificada. Os autores também teriam deixado de entregar procuração à *Murilo Scatamburlo EPP*, instrumento esse necessário às providências de implantação e administração do empreendimento (fl. 860).

Por outro lado, a r. sentença também reconhece que a *Murilo Scatamburlo EPP* não cumpriu seu dever contratual de cuidar da implantação do loteamento, elaboração e aprovação de projetos, custeio de despesas de aprovação e gerenciamento das obras de infraestrutura (fl. 861). Reconhece, também, que a *Murilo Scatamburlo EPP* não tomou qualquer providência, face ao descumprimento contratual pelos sócios da apelante, já que deveria ao menos notificá-los para que cumprissem sua parte no contrato (fl. 862).

Acesso ao Sumário

Noutras palavras, a r. sentença da ação de reparação de danos decretou a resolução do contrato e condenou os autores, em reconvenção, à restituição, em favor da *Murilo Scatamburlo EPP*, apenas do sinal oferecido na celebração do contrato, no importe de R$ 250.000,00, com atualizações.

Em consulta realizada nesta data, verificou-se que a apelação cível interposta contra a r. sentença ainda se encontra pendente de julgamento.

E, ao menos do que consta dos autos, face à decisão lançada no referido agravo de instrumento, as obras de infraestrutura continuam.

Quanto à obrigatoriedade de se fazer prova da ausência de risco aos

adquirentes dos lotes, além da previsão expressa contida no § 2º do art. 18 da Lei nº 6.766/79, o Item 181 do Capítulo XX das NSCGJ assim dispõe:

> 181. As certidões de ações pessoais e penais, inclusive da Justiça Federal, e as de protestos devem referir-se ao loteador e a todos aqueles que, no período de 10 (dez) anos, tenham sido titulares de direitos reais sobre o imóvel; serão extraídas, outrossim, na comarca da situação do imóvel e, se distintas, naquelas onde domiciliados o loteador e os antecessores abrangidos pelo decênio, exigindo-se que as certidões tenham sido expedidas há menos de 6 (seis) meses.

O Sr. Oficial entendeu não ser possível avaliar os reflexos decorrentes dessa condenação, na hipótese de eventual reforma da sentença, posto que a decisão poderá elevar, de forma considerável, o valor da condenação em desfavor dos sócios da recorrente, podendo alcançar a cifra de R$ 26.000.000,00.

Ocorre que, no quadro atual, não existe risco de insolvência por parte da apelante.

O valor eventualmente cabível em indenização decorrerá da venda dos lotes aos futuros compromissários compradores, com base no lucro dessas vendas que ainda acontecerão, em caso de êxito do empreendimento, tratando-se, assim, de obrigação condicional, não obrigação a termo.

Não se cuida, outrossim, de ação real que atinja o imóvel em que será implantado o loteamento, nem se comprovou que dela decorre, até o momento, determinação de bloqueio da matrícula que impeça a livre alienação de lotes.

A pretensão de recebimento de indenização por perdas e danos pelo não cumprimento de contrato entabulado não se mostra suficiente para impedir o registro do loteamento, especialmente porque, ao menos em cognição inicial, a extensão do dano a ser reparado já está delimitada.

Não há plausibilidade, até o momento, de direito da parte adversária ao recebimento de indenização com valor que possa ensejar risco aos futuros adquirentes dos lotes, ou de ausência de patrimônio do loteador de forma suficiente a suportar o hipotético pagamento.

Ao revés, o que existe até o momento é decisão monocrática, embora provisória, afirmando que esse direito não existe, mas tão somente a retenção do sinal dado em garantia ao negócio jurídico.

Não bastasse, o patrimônio apresentado pela apelante, até o momento, supera em muito o valor da condenação, já que comprovada a propriedade do imóvel da matrícula nº 25.239, do mesmo registro imobiliário, avaliado em R$ 5.764.600,00 (fls. 695/701).

Até o momento, portanto, não há que se falar em risco aos futuros adquirentes dos lotes, já que os pedidos de reparação material e moral, formulados pelos autores na ação e pela reconvinte, foram julgados improcedentes.

Acesso ao Sumário

O argumento do N. Oficial Registrador, no sentido de que, até o momento, não existe decisão definitiva quanto ao litígio, embora cautelosa, não pode servir de óbice ao registro do parcelamento.

Ainda que julgado o recurso de apelação interposto, a decisão definitiva somente viria após o esgotamento de todas as vias recursais, com possibilidade, em tese, de interposição de Recursos Especial e Extraordinário.

E, ainda que se fale em trânsito em julgado, restaria também o prazo da ação rescisória, sem prejuízo de propositura de ação de *querela nullitatis*, que é imprescritível.

Não bastasse, é razoável a alegação da apelante no sentido de que a remuneração aos autores da ação de indenização decorreria justamente do sucesso na venda dos lotes. Ainda que eventualmente se venha a reconhecer o direito ao recebimento de perdas e danos, ou lucros cessantes, deve o empreendimento prosseguir de forma a permitir que a arrecadação de recursos por meio das futuras alienações dos lotes, que somente serão individualizados a partir do registro pretendido.

Por fim, não há que se falar em depósito nestes autos da receita das vendas dos futuros lotes, a título de caução, ou mesmo oferta de garantia real, já que o procedimento administrativo da dúvida não comporta essa espécie de medida acautelatória.

O procedimento de dúvida é reservado à análise da discordância do apresentante com os motivos que levaram à recusa do registro do título. De seu julgamento, decorrerá a manutenção da recusa, com cancelamento da prenotação, ou a improcedência da dúvida, que terá como consequência a realização do registro (art. 203, II, da Lei nº 6.015/73).

Afora o exame técnico da qualificação levada a efeito pelo oficial, e eventualmente a determinação de bloqueio da matrícula, esse procedimento administrativo não admite qualquer espécie de medida voltada à garantia de eventuais futuros interessados.

Sendo assim, mostra-se viabilizado o registro do loteamento, sendo o provimento do recurso medida que se impõe.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso e julgo improcedente a dúvida.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000237-38.2018.8.26.0664, da Comarca de Votuporanga, em que é apelante WALTER FERNANDES, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS

DA COMARCA DE VOTUPORANGA.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto nº 37.584)**

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, 12 de novembro de 2018.

PINHEIRO FRANCO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Imóvel registrado em nome de pessoas casadas. Escritura de compra e venda celebrada somente pela mulher na condição de divorciada. Necessidade do prévio registro da partilha do imóvel havida na ação de divórcio. Princípio da Continuidade. Além disso, inscrição de várias ordens de indisponibilidade sem indicação expressa de envolver a totalidade ou metade do imóvel. Impossibilidade da consideração de situações jurídicas não inscritas no registro imobiliário – Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por Walter Fernandes contra r. sentença que julgou procedente a dúvida, manteve a recusa do registro de escritura pública de compra e venda por violação ao princípios da continuidade e disponibilidade por não ter sido registrada a partilha do divórcio dos proprietários e recair indisponibilidade sobre o imóvel.

O apelante sustenta o cabimento do registro em virtude da indisponibilidade não atingir a meação da vendedora e por ter havido a partilha do bem quando do divórcio dos proprietários (a fls. 280/285).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 299/300).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Como consta da matrícula n. 2.089, o imóvel está registrado em nome de Aureo Ferreira e Maria Apparecida Rivera Ferreira (a fls. 16/21).

O título apresentado encerra escritura de compra e venda de metade do referido imóvel por Maria Apparecida Zeitune Rivera, na condição de divorciada, em favor do Sr. Walter Fernades (a fls. 22/24).

O artigo 195 da Lei de Registros Públicos estabelece:

> *Art. 195 – Se o imóvel não estiver matriculado ou registrado em nome do outorgante, o oficial exigirá a prévia matrícula e o registro do título anterior, qualquer que seja a sua natureza, para manter a continuidade do registro.*

Essa previsão normativa estabelece o princípio da continuidade, o qual é objeto das seguintes considerações de Valmir Pontes (*Registro de imóveis*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 92):

> *O sistema do Registro Imobiliário, entre nós, é rígido e fechado, sujeito ao princípio da continuidade do registro, de rigorosa observância. Por esse princípio, só a pessoa nominalmente referida no registro como titular do domínio de um imóvel pode transmitir a outrem esse seu direito ou onerá-lo de qualquer modo, pouco importando que o domínio lhe resulte de ato do próprio registro, como as transmissões inter vivos, ou independa dele, como no usucapião ou na sucessão hereditária. O essencial é que o nome do outorgante figure no registro como titular da propriedade ou do direito real, em cada caso.*

Desse modo, o registro pretendido depende do ingresso do título atinente à partilha do imóvel na ação de divórcio havida entre os proprietários constantes do registro.

Sem essa providência, como bem decidiu o MM. Juiz Corregedor Permanente, merece ser mantida a qualificação registral negativa, sob pena de violação do Princípio da Continuidade.

Isso já seria suficiente para negar o registro.

Seja como for, também há inscrições de diversas ordens de indisponibilidade sem indicação expressa de atingir a totalidade do imóvel ou apenas sua meação, apesar da menção somente do nome de Aureo Ferreira; o que, igualmente, demandaria a necessidade de especificação dos limites da eventual disponibilidade do bem.

As razões recursais tratam de fatos que, até o momento, não foram objeto de registro em sentido amplo no registro imobiliário e, portanto, não podem ser consideradas na forma pretendida.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1024562-15.2017.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que são apelantes VAILTON IDELMAR GONÇALVES e ROSELIA MENDES FERREIRA GONÇALVES, é apelado 1º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS, TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOA JURIDICA OSASCO.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso e julgaram improcedente a dúvida, com observação, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto nº 37.636)**

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, 12 de novembro de 2018.

PINHEIRO FRANCO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS. Usucapião. Ausência de citação do titular do domínio. Questão processual que escapa à análise do registrador. Vício que não macula o mandado de registro, até que desfeita, por iniciativa do prejudicado, a coisa julgada material. Registro devido. Caráter originário da aquisição por usucapião obsta questionamentos acerca da continuidade registral. Recurso provido, com determinações.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta por VAILTON IDELMAR GONÇALVES e ROSELIA MENDES FERREIRA GONÇALVES, contra a r. sentença de fls. 95/96, que manteve a recusa levantada pelo 1º Oficial de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Osasco, negando registro de sentença proferida em ação de usucapião judicial.

Os recorrentes afirmam que a usucapião é forma de aquisição originária de propriedade, na qual não há observância do princípio da continuidade, tratando-

se de exigência impossível de ser cumprida, já que a ação está transitada em julgado.

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 141/144).

É o relatório.

Presentes os pressupostos recursais e administrativos, conheço do recurso.

No mérito, o recurso deve ser provido.

Os títulos judiciais também não escapam ao crivo da qualificação registral, de modo que o registrador deverá examinar se estão atendidos os princípios registrais pertinentes ao caso, para seu perfeito ingresso no fólio real.

Contudo, isso não significa que caiba ao registrador questionar o conteúdo da decisão e tampouco o seu mérito, apesar de sua reconhecida cautela e prudência tomadas na hipótese.

A usucapião traduz forma originária de aquisição de propriedade, desvinculada de conteúdo declaratório de vontade de anteriores proprietários, sem necessidade de observância do princípio do trato sucessivo.

De fato, o titular do domínio, *José Pereira dos Santos*, não foi citado nos autos da ação de usucapião.

E isso aconteceu porque, quando solicitadas informações à serventia imobiliária, em dezembro de 2009, foi expedida certidão negativa relativa ao imóvel usucapiendo (fl. 34), havendo citação dos proprietários da transcrição da área maior, do 16º Registro de Imóveis da Capital.

Somente após o trânsito em julgado da sentença, em fevereiro de 2013, a serventia disse sobre a existência de matrícula do imóvel usucapiendo lá registrada, fornecendo o nome do titular do domínio, *José Pereira dos Santos*.

Este Eg. Conselho Superior da Magistratura tem entendido que não cabe ao Registrador rever o procedimento jurisdicional, apontando e utilizando eventuais vícios processuais como causa de recusa.

Confira-se:

"Registro de Imóveis – Usucapião – Ausência de parte dos coproprietários registrais no pólo passivo da lide – Questão processual, que escapa à análise do registrador – Vício que não macula a carta de sentença – Registro devido – Títulos judiciais não escapam à qualificação registral – Todavia, a qualificação limita-se a questões formais – Não compete ao Sr. Registrador recusar registro com base em suposta nulidade do procedimento, por não constar parte dos proprietários registrais no pólo passivo da lide – O caráter originário da aquisição por usucapião obsta questionamentos acerca da continuidade registral – Recurso provido. (Apelação nº 1006009-07.2016.8.26.0161, 15 de agosto de 2017)."

No voto do E. Relator, Des. PEREIRA CALÇAS, foi esclarecido que:

Acesso ao Sumário

"Por se cuidar de forma originária de aquisição da propriedade, indagação alguma haverá de ser feita acerca da continuidade. Rompem-se todos os vínculos preteritamente havidos sobre o bem, de tal arte que prescindível a estrita observância da continuidade, diversamente do quanto afirmado pela Oficial. Estes os magistérios do Eminente Desembargador Benedito Silvério Ribeiro: **'No referente ao cumprimento de mandado expedido em processo de usucapião, cabe ao oficial verificar se há menção ao trânsito em julgado da sentença transcribenda no seu aspecto formal, isto é, em relação às partes que foram chamadas e acudiram ao chamamento. Questões mais complexas, tais como aquelas derivadas de citações que deveriam ter sido feitas e não o foram, essas escapam ao âmbito da instância administrativa, sob pena de se erigir esta em obstáculo à força da coisa julgada, em seu aspecto material e formal.'** (Tratado de Usucapião, São Paulo: Saraiva. 6ª ed., p. 1469). Em seguida, versando especificamente acerca de eventual falta de citação de coproprietário do imóvel usucapido, pondera: 'A ausência de convocação edital verificada pelo oficial do registro não rechaça o trânsito em julgado e, portanto, não impede o cumprimento do mandado. Trata-se de ineficácia relativa da sentença, como assinala Pontes de Miranda, podendo ser rescindida por infração do art. 942 e §§ 1º e 2º do Código de Processo Civil (art. 485, V). Da mesma forma, não cabe afastar o registro, se não foi citado no processo de usucapião o titular da transcrição constante do cadastro tabular, o cônjuge ou os confinantes' (Op. cit., p. 1470). (g.n)."

Caberá aos eventuais prejudicados, titular do domínio, seus herdeiros ou sucessores, pleitear a nulidade da ação de usucapião, via ação rescisória ou mesmo com a propositura de ação de *querela nullitatis*, buscando o desfazimento da coisa julgada material.

Não cabe, na hipótese, sequer o bloqueio da matrícula na qual será registrada a usucapião, já que não se sabe se o proprietário atingido pela usucapião tomará alguma iniciativa de reversão do julgado, não sendo razoável permaneça a matrícula bloqueada *sine die*.

Apenas por cautela, deverá o Sr. Oficial comunicar ao MM. Juiz da ação de usucapião, autos nº 0017788-64.2009.8.26.0405, 1ª. Vara Cível da Comarca de Osasco, sobre o registro que será realizado.

De outra parte, a conduta do 1º Oficial de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Osasco precisa ser apurada, face à possibilidade de falha de serviço quando das primeiras informações sobre o imóvel usucapiendo, expedindo-se certidão negativa quando, em verdade, ele estaria matriculado na serventia imobiliária.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso e julgo improcedente a dúvida.

Determino a expedição de ofício ao MM. Juiz Corregedor Permanente do

Acesso ao Sumário

1º Oficial de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Osasco, com cópia integral desses autos, para apuração de eventual falta disciplinar do Sr. Oficial, assim como o Titular da Serventia deverá comunicar ao MM. Juiz da ação de usucapião sobre o registro realizado, tudo na forma acima descrita.

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

GASTÃO TOLEDO DE CAMPOS MELLO FILHO (Presidente da Seção de Direito Privado)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça de São Paulo, por ocasião da inauguração dos retratos dos Desembargadores Luiz Antonio de Godoy (Direito Privado), Ricardo Henry Marques Dip (Direito Público) e Renato de Salles Abreu Filho (Direito Criminal) nas Galerias de Retratos das Presidências de Seção. Os magistrados exerceram os cargos no biênio 2016/2017. (Solenidade realizada em 30.10.2018).

Fui incumbido, malgrado minhas notórias limitações, de proferir a presente oração de saudação aos homenageados. Não tenho o dom da oratória. Não ostento nenhuma qual idade nessa área. O que me conforta, porém, é que rapidamente percebi que se tratava de tarefa que não apresentaria maiores dificuldades, mercê das qualidades dos antigos Presidentes de Seção.

Esta Corte é sabidamente paradigmática. Tudo o que aqui fazemos repercute – e muito além das fronteiras de nosso Estado. Nós, juízes paulistas, somos permanente e minuciosamente olhados pelos colegas de todo o Brasil, pois servimos de norte, de rumo para a justiça de nosso país. Isso não acontece de hoje. Ao contrário, é fruto do peso histórico e da inequívoca importância do Tribunal de Just iça de São Paulo. E um dos motivos dessa posição de relevo é que somos uma Corte que bem sabe cultivar e cultuar nossas tradições.

Com efeito, qualquer um que venha a conhecer nossas dependências sente desde logo o peso do tempo que paira sobre nós. Isso é sentido em nossas salas de sessão e em nossos corredores. Há uma pátina invisível, mas perceptível, que confere aspecto solene a nossa sede. Os visitantes logo percebe que aqui a justiça é tratada com toda a seriedade exigível.

Entre os diversos objetos que adornam nossos salões e corredores estão os retratos de tantos que aqui judicaram, alguns já idos, outros ainda em pleno exercício da nobilitante função judicial. E há aqui também uma tradição que se repete de tempos em tempos, o descerramento daqueles retratos dos colegas que exerceram cargos de cúpula e de direção.

Hoje foram descerrados os retratos dos colegas que presidiram as Seções de Direito Privado, Direito Público e Direito Criminal no biênio anterior. É tradição que se renova e é salutar que exista, que persista e que perdure.

Vivemos hoje o presente. Em si mesmo considerado, é momento fugaz e que se perderia pela inexorável passagem do tempo. O que ocorreu há cinco

Acesso ao Sumário

minutos já é passado. Mas o ser humano é o único dos viventes que é dotado da capacidade de decompor o tempo. Sabemos o que foi o passado, sabemos que o presente só está acontecendo como se apresenta agora por ter sido moldado pelo que aconteceu antes. Sabemos também que o futuro que virá e que aguardamos será, por seu turno, condicionado pelo que já ocorreu e pelo que está acontecendo.

É nesse contexto que avulta a importância da presente cerimônia. Cultuamos no presente pessoas que muito deram de si para esta Corte no exercício das espinhosas funções das Presidências de Seção. Devemos sim render a eles as merecidas homenagens, visto que a cada biênio de exercício, mais se solidifica o amálgama que ajuda a modelar as feições de nossa Corte. A homenagem é feita aos Presidentes e mais justa se afigura quando sabemos que os três homenageados continuam a trabalhar com afinco, na faina cotidiana e sublime de prestar jurisdição. Falar de Luiz Antonio de Godoy, meu antecessor na Presidência da Seção de Direito Privado, é relembrar que em maio de 1994 tomamos posse em sessão solene do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, juntamente com os Desembargadores Antonio Carlos Malheiros e Manuel Matheus Fontes. Éramos dois colegas da carreira, um oriundo da Advocacia e Luiz Antonio do Ministério Público. Desde então solidificou–se convivência respeitosa e fraterna e, mais importante, dou meu testemunho da invulgar capacidade do novo colega. Em pouquíssimo tempo, parecia ser magistrado há muitos anos. Diligente e meticuloso, logo grangeou não apenas o respeito, mas também a admiração de seus pares durante todo o tempo em que lá judicou, até ser promovido para este Tribunal. Aqui, continuou sua trajetória de sucesso, a ponto de ser praticamente aclamado o novo Presidente da Seção de Direito Privado para o biênio 2016/17. Como visto, temos sido companheiros de jornada, algo de que muito me orgulho, máxime porque, ao sucedê-lo, pude encontrar ambiente de trabalho impecavelmente organizado, o que revela seu talento de gestor.

O que falar de Ricardo Dip? É até temerário tentar neste curto tempo traçar alguma imagem de indivíduo dotado de tantas qual idades. Só digo que é portador de cultura assombrosa, erudita mesmo, de sólida formação escolástica, e que domina como poucos o direito, não aquele que se pinça dos códigos e regulamentos, mas aqueloutro que os precede e que é base e fundamento do duro mister de distribuir justiça. Suas reflexões sobre Direito Penal são desde já imorredouras e devem servir de fonte de conhecimento para jovens magistrados. Seus Registros sobre Registros são obra -prima, imprescindível para todos aqueles que pretendem se aprofundar nesse ramo do conhecimento jurídico. Personalidade ímpar, mantém convívio ameno com os colegas, sem jamais permitir que nas conversas e nos debates jurídicos suas acendradas qualidades tenham o condão de inibir os menos doutos. Ao contrário, trata-nos com o cavalheirismo dos nobres de espírito. Cabe-me aqui externar a reverência de

Acesso ao Sumário

que se fez merecedor ao longo de sua vitoriosa trajetória em nossa instituição.

Renato Salles Abreu Filho, paulistano de velha cepa, de família que muito já contribuiu para a justiça de nossa terra, é um magistrado, na literal acepção do termo. Eu o conheci há muitos anos, nos idos de 1984. Trabalhamos ambos na transição da então única Vara das Execuções Criminais para o Departamento de Execuções Criminais. Tempos difíceis, com volume de trabalho que poderia assustar os desavisados. Mas Renato mostrou já na ocasião que é talhado para exercício de magistratura. Dotado de imensa capacidade de trabalho, não se atemorizava com as montanhas de processos que diariamente vinham às nossas mãos. Atesto que nunca o vi amuado ou a aparentar cansaço. E, ao contrário, pasmem os senhores, estava sempre a ostentar bom humor contagiante. Sua presença servia de estímulo aos demais colegas que enfrentavam aquela situação. Exercia naturalmente a liderança que se confirmou ao longo de sua carreira, sempre rodeado de amigos, até ser alçado merecidamente à Presidência da Seção de Direito Criminal, para minha pessoal alegria.

Em resumo, estamos aqui no presente momento a homenagear gestões passadas. O passado deve sim ser cultuado, sempre que, como na espécie, ele tenha sido digno e exemplar. Ao ser reverenciado pelo descerrar dos retratos, esse passado servirá como exemplo para o futuro. E é assim que se constrói a grandeza de nossa Corte. Amanhã ou depois, os que aqui vierem a caminhar terão a certeza de que estarão em ambiente solene, em que se cultiva diuturnamente o amor à justiça. Cada um dos retratos, na entrada das Presidências das Seções, serve de aviso da necessidade do respeito às tradições, serve de alerta a todos da seriedade das atribuições que lá são exercidas e, mais importante, serve de reconhecimento das qualidades dos retratados, que, no futuro, ainda estarão a olhar por todos nós desta Corte. Nós juízes somos passageiros. Mais dia menos dia, deixaremos o Tribunal. Mas a instituição, ela é permanente e é justamente pelas tradições sempre renovadas que é muito maior do que a mera soma de seus componentes em determinado momento. Ela tem a magnitude de quem carrega em si todo um passado glorioso, do qual devemos sempre que possível nos ufanar.

Vou tentar terminar agora, pois sigo a velha máxima de que um bom discurso deve ter um início que cative e um final que agrade a plateia e, mais importante, que um esteja bem perto do outro.

Luiz Antonio, Ricardo e Renato, desculpem-me meus modos informais, mas saibam que é porque esta fala não é meramente protocolar, pois provém de quem muito e de há muito os admira. Só posso agora agradecer a oportunidade que tive de externar esse sentimento que comigo carregarei para sempre.

Muito obrigado.

Acesso ao Sumário

ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO (Vice-Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça de São Paulo, por ocasião da Abertura da XIII Edição da Semana Nacional da Conciliação (Evento realizado em 05.11.2018).

A Constituição Federal brasileira, que acaba de completar 30 anos de vigência, fez com que o Poder Judiciário se tornasse mais acessível ao cidadão, permitindo (possibilitando) a busca de proteção de direitos cuja violação se acentua em uma sociedade com a nossa atualidade em que as relações de consumo assumem grande vulto.

O CDC, do ponto de vista do direito material, e as Leis dos Juizados Especiais (Cível, Criminal e da Fazenda), sob o aspecto processual, reforçam a função dos órgãos da justiça como responsáveis pela solução dos conflitos que surgem dessas relações.

O resultado da facilitação do acesso, na jurisdição especial e também na comum, se verifica no grande número de processos que se avolumam para julgamentos nos juízos e Tribunais.

Infelizmente, as Agências Reguladoras que poderiam atuar de forma mais efetiva para solucionar os problemas que envolvem serviços de telefonia, do fornecimento de energia elétrica, de água e coleta de esgoto, de planos de saúde e de serviços bancários, para ficar com alguns exemplos, ainda não se mostram eficazes.

A resolução desses problemas que afligem o cidadão não pode aguardar a tramitação regular de um processo e tampouco o Poder Judiciário reúne condições de ampliar a sua estrutura na mesma proporção em que aumenta o número de processos. Isso é inevitável e indesejável. Lei de Responsabilidade Fiscal, limitações orçamentárias, etc.

Acesso ao Sumário

A Semana Nacional de Conciliação encontra-se na 13ª edição, tendo sido iniciada em 2006, com o envolvimento das Justiças dos Estados, do Distrito Federal, da Justiça Federal e da Justiça do Trabalho, envolvendo a fase pré-processual e processual.

São 27 Tribunais de Justiça, 5 Tribunais Regionais Federais e 23 Tribunais Regionais do Trabalho.

Na primeira edição da Semana Nacional de Conciliação foram realizadas 83.987 audiências com índice de conciliação que atingiu 55,36%, num total de 46.493.

Os indicadores estatísticos do CNJ apontam o sucesso deste programa com progressão geométrica dos números de audiências e de acordos.

Para conferir, basta ver, que na última edição da Semana Nacional de Conciliação foram realizadas 321.103 audiências em todos os tribunais envolvidos, resultando em 126.971 acordos, representando cerca de 1,5 bilhão de reais.

Os dados servem para demonstrar que a prática da conciliação deve ser incentivada, porque é uma ferramenta indispensável para atender os reclamos da cidadania tão proclamada na Constituição Cidadã, visando solucionar os conflitos, pacificando a sociedade, porque não dizer, tornando-a mais justa e solidária.

Não é demasiado, ainda lembrar que um dos usos mais antigos da palavra conciliação, de origem latina, vem da expressão *"concilium*, como *"concilium plebis"*. Que foi onde, em Roma, os plebeus começaram a criar leis próprias (que de início tinham que ser referendadas pelos patrícios, mas depois passaram a ter poder independente, ou seja, até mais força normativa de que o Congresso tem hoje). Passando a ter força intrínseca da convergência espontânea.

E, não é demasiado assinalar, ainda, que a pacificação social é muito maior quando vem das partes que estão em conflito, e não por um terceiro que decide o conflito.

É evidente que a conciliação nem sempre é possível, sendo a força do judiciário imprescindível. Mas, umas das melhores formas do exercício da força é apontando o caminho da convergência possível.

A conciliação tem o poder de ajudar os cidadãos a chegarem a um denominador comum, alcançando quase 100% de satisfação.

Finalizando, cumprimento todos os que se engajaram neste programa, desejando que possamos comemorar o sucesso de mais esta edição da Semana Nacional de Conciliação ao final dos trabalhos, como mais uma forma do Poder Judiciário Nacional para a consolidação do Estado de Democrático de Direito, tornando a sociedade mais justa e solidária, resgatando na plenitude a cidadania, fundamentos de nossa pátria.

Muito obrigado.

Acesso ao Sumário

SILVIA RENATE SOMMERLATH (Rainha da Suécia)

Discurso proferido por ocasião da Renovação do Acordo de Cooperação com o Instituto World Childhood Foundation (WCF), o WCF-Brasil, pelos direitos da criança e do adolescente (Solenidade realizada em 09.11.2018).

Excelentíssimo Senhor Ministro Dias Toffoli, Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça.

Excelentíssimo Senhor Manoel de Queiroz Pereira Calças, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, demais autoridades presentes, senhoras e senhores:

É uma honra participar deste momento singular com o Conselho Nacional de Justiça e com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ocasião que celebramos uma vez mais, acordos de cooperação, que visam executar medidas de aprimoramento do sistema de justiça voltados à infância e juventude brasileira.

Sou muito grata por poder participar deste momento, assim como tive a honra de estar presente quando da instalação do Fórum Nacional da Infância e Juventude pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2017.

Sabemos que muitas de nossas crianças nunca irão revelar as suas experiências frente a violência sexual. Apenas um pequeno número o faz e um número menor ainda acessa a justiça. Em geral as crianças sexualmente abusadas se sentem envergonhadas, culpadas e inseguras por não ter a certeza que receberão ajuda e que serão protegidas após a revelação.

É importante que os países caminhem firmes na implementação do artigo 12 da Convenção sobre os Direitos das Crianças, que assegura às crianças e adolescentes a oportunidade de serem ouvidos em todo processo judicial.

Vimos neste ato mais uma demonstração do compromisso concreto com o princípio da prioridade absoluta conferida pela Constituição Brasileira à criança e ao adolescente. Todos sabemos que a Suprema Corte e o Conselho Nacional de Justiça são instituições fundamentais para a garantia dos direitos da criança e do adolescente.

Acesso ao Sumário

E acreditamos sinceramente que nossa cooperação pode oferecer um importante aporte para consolidação da agenda Criança e Adolescente no Judiciário Brasileiro na implementação da Lei 13.431/17, a qual apelidamos Lei da Escuta Protegida.

A parceria da Childhood Brasil, com o Conselho Nacional de Justiça e Tribunal de Justiça de São Paulo, já completa um pouco mais de meia década. Venho acompanhando, ainda que à distância, os excelentes resultados dos

esforços da sociedade brasileira no sentido da prevenção e eliminação da violência contra crianças e adolescentes. E, foi essa mesma missão que me inspirou a criar Childhood há 19 anos atrás.

Com o Sistema de Justiça Brasileiro temos trabalhado particularmente na disseminação de culturas e práticas não revitimizantes de tomada de depoimento de crianças e adolescentes, vítimas ou testemunhas de violência sexual.

Num breve balanço de resultados dessa estimada parceria, destaco:

- a publicação de estudos sobre metodologias para o depoimento especial;

- o desenvolvimento e testagem do protocolo brasileiro de Entrevista Forense;

- a criação de um curriculum e uma plataforma de ensino a distância, o qual gerido pelo CNJ, já capacitou mais de 5.000 profissionais.

- o nosso apoio técnico ao processo de implantação de projetos de depoimento especial, cujos esforços dos tribunais de justiça estaduais, segundo nossos registros, obteve um crescimento exponencial extraordinário: se em 2003 tínhamos 1 experiência no Brasil, em 2018 já contamos com aproximadamente 800 salas em atuação.

Aproveito para uma vez mais, cumprimentar o Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, senhor Manoel de Queiroz Pereira Calças, e toda a sua equipe, pois neste balanço realizado, identificamos que, somente no Estado de São Paulo, o mais populoso da federação brasileira, contamos com 345 salas de depoimento especial, com mais de 1800 profissionais capacitados para a escuta protegida. O pleno funcionamento desses projetos certamente colocará o Estado e o Tribunal de Justiça de São Paulo, como importante referência nacional, fonte de inspiração para todo o país.

Queremos, por fim, nesta oportunidade, reiterar o nosso apoio a continuidade destas parcerias. Fomos parte ativa, junto com importantes parceiros, na elaboração e mobilização para a aprovação da Lei "Escuta Protegida", e agora, queremos ser parte ativa nos esforços para sua implantação em todo o Brasil. Contem conosco para que, juntos, possamos continuar mudando a realidade de crianças e adolescentes que vivem neste país, em especial àquelas vítimas de violência sexual.

Obrigada!

Acesso ao Sumário

DIAS TOFFOLI (Ministro do Supremo Tribunal Federal)

Discurso proferido por ocasião da Renovação do Acordo de Cooperação com o Instituto World Childhood Foundation (WCF), o WCF-Brasil, pelos direitos da criança e do adolescente (Solenidade realizada em 09.11.2018).

Sua Majestade a Rainha Silvia da Suécia,

Digníssimo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças,

Digníssimos Membros do Conselho Superior da Magistratura,

Senhoras e Senhores.

O Conselho Nacional de Justiça editou, no ano de 2010, a Recomendação nª 33, que indica a necessidade da criação, nos tribunais de justiça, de serviços especializados para escuta das crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência e de abuso sexual, chamado depoimento especial. A metodologia é aplicada por equipe multidisciplinar, com o objetivo principal de minimizar a revitimização da criança ou adolescente e contribuir para a fidedignidade do depoimento, por meio de metodologia cientificamente testada.

No ano de 2013, o CNJ iniciou a oferta do curso de Depoimento Especial, elaborado em parceria com a Childhood Brasil, organização não governamental especializada em infância e juventude. Desde então CNJ e Childhood Brasil têm ofertado, anualmente, capacitação para os servidores do Poder Judiciário, envolvidos na oitiva de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência e de abuso sexual.

Para iniciar a capacitação dos servidores do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça, em parceria com Childhood Brasil, realizou, em Brasília no ano de 2013, sob a coordenação do Centro de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores do Poder Judiciário (CEAJud/CNJ), o primeiro curso presencial de formação de multiplicadores da metodologia do depoimento especial.

Desde então, o CEAJud/CNJ, buscando contemplar servidores de todas as regiões do Brasil, tem priorizado a oferta de vagas na modalidade a distância. O curso ofertado tem 40 horas/aula e nele os alunos contam com o apoio de tutores especializados no tema e com grande experiência na realização de entrevistas forenses. Em todos esses anos, o CNJ já capacitou mais de 700 servidores do Poder Judiciário para utilização do protocolo de entrevista forense.

Recomendado pelo Conselho Nacional de Justiça desde 2010, o depoimento especial tornou-se obrigatório com a edição da Lei nº 13.341/2017. Atualmente, pelo menos 24 dos tribunais estaduais (89%) instalaram local apropriado para a realização da oitiva das crianças e adolescentes vítimas ou

Acesso ao Sumário

testemunhas de violência e de abuso sexual.

A parceria do Conselho com a Childhood Brasil se tornou essencial para que os tribunais brasileiros pudessem implementar formas de acesso à justiça mais amigáveis às crianças e adolescentes. O termo aditivo e de renovação ao Termo de Cooperação nº 01/2017 permitirá que o CNJ e a Childhood Brasil possam dar continuidade aos projetos na área da infância e juventude, ampliando a oferta de capacitação e contribuindo para a efetiva implementação dessa política pública que é prioridade absoluta, como consta na Constituição Federal.

DANIELE MENDES DE MELO (Juíza de Direito)

Discurso proferido por ocasião da Instalação do Anexo de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, da Comarca de Bauru (Solenidade realizada em 22.11.2018).

Presidente, sua presença sempre tem muito significado pra nós, mas hoje, especialmente, tem um brilho diferente.

Em todo o Estado de SP, de acordo com pesquisa realizada no site do TJ, existem 14 Varas especializadas em Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e 5 Anexos de Violência Doméstica.

Portanto, a implantação do Anexo da Violência Doméstica em Bauru não traz benefícios apenas para esta cidade, mas para todo o Estado de SP, porque possibilita a nós, operadores do direito, colocarmos uma lente para analisarmos mais atentamente as medidas cautelares e processos relacionados à violência doméstica.

Somente com esse olhar diferenciado conseguimos entender o ciclo da violência reproduzido geração após geração, baseado na desigualdade de gênero.

A instalação do Anexo da Violência Doméstica representa um Poder Judiciário comprometido com os problemas sociais e que busca, além da responsabilização jurídica, a adoção de uma postura integrativa e reflexiva visando romper uma cultura que aceita como natural a desigualdade entre homens e mulheres e a prevalência da vontade do homem a qualquer custo, ainda que para isso venha a agredir, humilhar ou eliminar a vida de sua companheira, mãe, irmã e filha.

Nosso olhar, agora muito mais apurado, porque centrado no processo socioeducativo e não mais exclusivamente no fato isolado, permite-nos divisar um futuro diferente para os homens e mulheres envolvidos na violência e

também para o Poder Judiciário. Todos estamos, juntos, construindo novos paradigmas em uma sociedade em constante transformação.

Cumprimos, assim, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de violência contra a mulher, da qual o Brasil é signatário, que atribui aos Tribunais Nacionais a proteção EFETIVA da mulher contra todo ato de discriminação (Parte I, artigo 2º) e cumprimos uma das diretrizes da política pública estabelecida na Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que estabelece a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação (artigo 8º, I). Em última instância, podemos dizer que colocamos em prática o princípio da igualdade de direitos e do respeito à dignidade da pessoa humana, fundamentos de nossa Constituição.

Para pôr em prática tarefa de tal magnitude não poderíamos, simplesmente, alterar o lugar por onde tramitam os processos sem nos atermos aos personagens principais de nossa história.

O Anexo da Violência Doméstica de Bauru manterá um estreito relacionamento com a rede de proteção à mulher, exercida atualmente em Bauru de forma muito ativa através das duas Secretarias, do Bem Estar Social e da Saúde, para encaminhamento das mulheres vítimas de violência aos tratamentos adequados, evitando-se sua revitimização nesse trajeto e, como não poderia deixar de ser, atuará de forma direta através do Convênio formalizado entre o Tribunal de Justiça e o Departamento de Psicologia da UNESP/Bauru com um programa para atender homens autores de violência contra a mulher.

Trata-se de um projeto destinado ao homem para que reflita sua trajetória e venha a questionar desde quando a violência passou a ser uma resposta para resolução dos conflitos, de modo que possa romper com padrões comportamentais reproduzidos socialmente e que vitimizam as mulheres.

Esse projeto foi denominado "O Mundo que a Gente Quer", título extraído da literatura de cordel, uma das riquezas culturais de nosso país.

Acesso ao Sumário

Permitam-me finalizar com a simplicidade e beleza da parte final do Cordel de autoria de "Tião Simpatia", que chama a atenção para um fato significativo: a sociedade não mais aceita a sobreposição da figura do homem sobre a mulher em razão do gênero e muito menos na sua forma mais devastadora: o uso da violência.

"Dizia o velho ditado que ninguém mete a colher
Em briga de namorado e de marido e mulher
Não metia agora mete
Pois isso agora reflete
No mundo que a gente quer."

Obrigada!

WILLIAN ROBERTO DE CAMPOS (Desembargador)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da Outorga do Colar do Mérito Judiciário ao Governador Márcio França (Solenidade realizada em 28.11.2018).

Bandeira da minha terra,
Bandeira das treze listras:
São treze lanças de guerra
Cercando o chão dos paulistas!
[...]
Bandeira de Bandeirantes,
Branca e rôta de tal sorte,
Que entre os rasgões tremulantes,
Mostrou as sombras da morte.
[...]
Mapa da pátria guerreira
Traçado pela vitória:
Cada listra é uma trincheira;
Cada trincheira é uma glória!
Tiras retas, firmes: quando
O inimigo surge à frente,
São barras de aço guardando
Nossa terra e nossa gente.
Bandeira que é o nosso espelho!
Bandeira que é a nossa pista!
Que traz, no topo o vermelho,
O Coração do Paulista!

Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente do Augusto Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em cuja pessoa devo saudar todas as distintas autoridades civis e militares presentes;

Acesso ao Sumário

Excelentíssimo Senhor Doutor Márcio França, eminente Governador do Estado de São Paulo; Excelentíssima Senhora Professora Lucia França e sua nobre família;

Senhoras e Senhores...

Poucos predicados são mais desejáveis nos homens de Estado do que a previsibilidade, parceira da experiência uniformemente desempenhada. Acabou de ser entronizado neste recinto de seculares tradições um homem que a ninguém mais será dado desconhecer: um jovem santista de 55 anos que não tardou a conhecer a geografia de sua terra natal: morros, rincões, vielas e toda a singularidade litorânea. Ora, ninguém se movimenta com mais desenvoltura por uma cidade do que um Oficial de Justiça: e foi assim que este hoje destacado líder iniciou sua vivência como agente público, no Poder que o homenageia nesta gloriosa tarde.

Essa origem provavelmente fez nascer no espírito do laureado especial sensibilidade, que lhe permitiu identificar na vocação do Judiciário um pacto indissolúvel com a decência e com a virtude. Na sequência, simultaneamente ao exercício da Advocacia, elegeu-se Vereador em São Vicente por dois mandatos. Ocupou a Prefeitura desse Município no ano seguinte, 1997.

Conquanto eu, orador designado por gesto generoso do insigne Desembargador Presidente, me declare admirador de Vossa Excelência, Governador Márcio França, não é por isso que calarei ante a realidade manifesta de que promoveu administração revolucionária n'uma das Urbes mais antigas e simbólicas da Nação: asfalto, drenagem em bairros inóspitos, inclusão digital, programas de alistamento civil propiciando emprego, disciplina e dignidade a meninos humildes castigados pela vida; o transporte público e o ensino foram reconhecidos como prioridade, a cidade se tonificou, sua vocação turística foi recuperada. Outro não poderia ser o resultado: o então Prefeito foi reeleito com 93,1% dos votos válidos. Fez o sucessor. Dispôs-se, então, a arrostar a enigmática Capital, Brasília. Eleito e reeleito Deputado Federal, de 2007 a 2014. Secretário de Turismo do Estado de São Paulo, com atuação impecável que fomentou o convite à candidatura como Vice-Governador.

Acesso ao Sumário

Essas credenciais fariam um observador menos atento supor que a antevista complementação do mandato do Governador abdicante seria algo mecanizado, meramente comportado – uma transitoriedade marcada pela correção, atributo que sempre esteve associado ao caráter também rijo do novo titular.

Mas a boa Política tem outro ritmo, tem alma e estímulo próprios: logo percebemos que o Doutor França, além de manter diretrizes fundamentais traçadas pelo Governador Alckmin – inclusive prestigiando muitos profissionais da mais elevada estirpe –, sem prejuízo dessa cautela imprimiu seus predicados em áreas de extraordinário relevo, como, por exemplo, no incentivo à produção,

no encorajamento à atividade policial, na interação sinfônica alcançada no seio da comunidade jurídica e no trato de aspirações coletivas que inclusive desbordavam da estrita competência estadual – valendo lembrar, aqui, a harmonização de interesses entre caminhoneiros e governo federal, que mitigou o furor dos extremados e contribuiu enormemente para pacificar as pretensões em conflito, naqueles dias de quase colapso nacional. São esses, em linhas bastante amplas, alguns significativos exemplos das incontáveis realizações do período auspicioso integralizado por Vossa Excelência, garantindo a pacífica evolução do povo paulista nos rumos ditados por suas tradições e constituindo o mais seguro penhor de ordem e estabilidade.

O homenageado não padeceu de preconceitos endêmicos, do vício asfixiante do estrabismo que só enxerga pessoas e não ideias, que só identifica o protagonista sem entender o enredo. A raiz da dignidade de um homem público está no sentimento da igualdade de direitos e de oportunidades das pessoas, mesmo as que estejam na mais aguçada desigualdade de fortuna e de condição. Sua Excelência, capaz de depurar métodos e propor renovação de práticas de crônica repetição, jamais se apartou dessa bússola, e sua suntuosa caminhada recente assim o comprova.

Daí se vê que aquela primeira e apressada projeção de simples interinidade longeva, apenas proba e recatada, se revelou contudo um engano clamoroso! O Governador a tomar posse em 7 de abril não se acomodou timidamente na cadeira, com receio do noviciado. Pouco mais de oito meses bastaram para que o Doutor França empregasse a culminância de uma atuação vibrante a serviço da felicidade do povo paulista.

A sensação de estreia não perdurou por meia hora sequer. Não era um debutante o maior mandatário do mais poderoso Estado da Federação.

Tomava assento no Palácio do governo um homem polido e resoluto, dotado de razão superior, que sempre possuiu noção integral da escala, da boa medida, dos padrões definitivos em que tudo deve ser sopesado para que a melhor decisão amadureça.

Sua Excelência seduziu e convenceu. A causa é certeira: ele semeou apoio porque se valeu do exemplo, e nada melhor para mandar ou doutrinar do que o exemplo. É homem firme, austero, que cultua honestamente seus princípios, dotado de singular inteligência, combatente intimorato pelos caríssimos valores sociais; analista meticuloso das secretas intenções e dos costumes, dos indivíduos e do meio que o circunda, dos grandes e pequenos vícios. De sua cadeira oracular, pensa a sociedade, pensa o Estado, pensa os Poderes, pensa a História, enfeixando tudo em fórmulas que têm como único desiderato o de atender a seu povo.

Com sua assunção, Senhor Governador, e na linha do desdobramento

Acesso ao Sumário

de predecessor que levou a bom termo administração limpa e exemplar, a sociedade paulista foi transformada em sementeira de sonhos. A cidadania nesta terra hauriu colossal força intrínseca que se transmitirá às gerações sucessivas.

Avizinhando-se o pleito eleitoral recentíssimo do mês de outubro, em dois turnos, Vossa Excelência já optara pela natural candidatura. E o fez sabedor de que a missão seria, como foi, espinhosa, pois teria de brandir armas com oponentes categorizados. Pois bem, combateu o bom combate, expôs plataformas, justificou-se, polemizou, ousou, se comprometeu e foi às urnas, travando duelo de titãs, cabeça a cabeça, com adversário final que, a partir de gestão inequivocamente fecunda à frente da Prefeitura paulistana, também ostentava méritos visíveis, e no afã de campanha – campanha a um tempo aguerrida, pedagógica e essencialmente democrática –, sagrou-se vencedor.

Nessa toada, não há como deixar de citar peroração magnífica da primeira Ministra de Estado da República Federativa do Brasil, nomeada pelo Exmo. Presidente João Baptista do Oliveira Figueiredo, a notável professora Esther de Figueiredo Ferraz por ocasião do cinquentenário da Universidade de São Paulo:

"Esse monumento mereceria ver gravadas em seu pedestal, em letras de bronze como convém às coisas que se pretende tornar eternas, as palavras com que o escultor francês Antonin Mercie designou, no último quartel do século passado, a obra-prima saída do seu cinzel inspirado – *gloria victis*, glória aos vencidos, glória daqueles que, mortos ou feridos em combate honroso, são transportados pelo anjo da fama aos espaços siderais onde se respira, a plenos pulmões, a atmosfera puríssima da imortalidade".

Eis aí a pedra de toque dos povos civilizados: curvar-se ao pêndulo histórico que pode ocasionar a transferência de poder, fenômeno assimilado com galhardia tanto por Vossa Excelência – algo testemunhado pela cordialidade e cooperação exibidas nos entendimentos de transição – como pelo preclaro Governador recentemente ungido, que a tudo supervisiona com a fidalguia que sua primorosa educação garante.

Novos tempos advirão, e a responsabilidade depositada em vossas pias mãos é notória, como prócer do PSB, o único partido a que se filiou desde que abraçou a atividade política. Vossa Excelência disso saberá se desincumbir. Seu povo já saudoso lhe augura, Governador Márcio França, entusiasmo robustecido na nova fase da vida, traduzindo a certeza de que seu nome será envolto em fulgor ainda maior.

Acesso ao Sumário

Inspiremo-nos no prefalado pavilhão, Governador tão festejado, para recitarmos juntos, novamente reverenciando Guilherme de Almeida:

E agora... agora de novo
Abençoado este povo.
Que tanto soube esperar

Esperança dos Paulistas,
Bandeira das treze listras
Desfraldada em cada lar.
Reza a oração que dizia:
- Preto e branco, noite e dia
Pois dia e noite estarei
Como um apóstolo, soldado,
Gente Paulista a teu lado,
Pela Lei e pela Grei

A Vossa Excelência nosso mais entranhado afeto. As cores da bandeira que hasteou e cravou no solo de Piratininga são cores de liberdade, e são lindas ao vento benfazejo que lhes soprará.

À Vossa Excelência, que nos legou lampejos de sacrifício e de entrega, ofertamos emocionado tributo de amizade genuína, de gratidão compungida. Que Vossa Excelência, emancipado pelo dever cumprido, e tendo contraído para conosco um vínculo imperecível, siga sob a proteção de Deus.

A flor não durou uma manhã. O cedro milenário se tornou o pai da floresta. Até breve na luta pela vida e pelo bem do Brasil, querido Governador. Muito obrigado pela honra.

MÁRCIO FRANÇA (Governador do Estado de São Paulo)

Discurso de agradecimento por ocasião do recebimento do Colar do Mérito Judiciário (Solenidade realizada em 28.11.2018).

Boa tarde a todos,

(cumprimentos às autoridades)

O Doutor Willian começou com poesia e me fez lembrar de uma de que gosto muito: "'Vem por aqui', dizem-me alguns com os olhos lassos / estendendo-me os braços, e seguros / de que seria bom se os ouvisse / quando dizem: Vem por aqui / Eu olho-os com os olhos cansados / cruzo os braços / nunca vou por ali / A minha glória sempre foi essa / foi criar a humanidade / nunca acompanhar ninguém / Eu vivo com a mesma vontade / que eu rasguei o ventre da minha mãe / (...) não sei por onde vou / não sei com quem vou / mas eu sei que não vou por aí".

A minha vida foi fazer a atividade pública, por vocação. Eu faço o serviço

Acesso ao Sumário

público porque acredito de fato que as coisas públicas têm o condão de permitir que a gente altere a vida das pessoas. Meu pai foi um velho Médico pediatra, passou sua vida clinicando, ao final de sua vida ele disse: "Depois de atender tantas milhares de pessoas senti falta de poder fazer atividades públicas, para que pudesse fazer para mais gente aquilo que um dia fiz para muitas pessoas individualmente". Optei, e tenho muita honra, por iniciar a vida pública exatamente no Tribunal de Justiça. Por força da necessidade fiz o concurso à época. Os colegas que começaram comigo a faculdade, Fernando, Sandro e outros que aqui estão podem dizer. Já de início, no primeiro dia de fórum, fui recebido pelo Doutor Nazário e outras pessoas. Essa atividade pública acabou desaguando na atividade da vida pública eleitoral.

Eu já dizia para o meu pai que queria uma atividade política, mas, como não venho de família política, não é muito comum que a pessoa faça tal opção de carreira. Não me arrependo de nada que fiz. Ao contrário, tenho muito orgulho de minha vida pública, acompanhada pelos meus amigos e familiares que estão aqui.

Eu me preparei para o exercício dos cargos que cumpri e para cada um deles fui trilhando os espaços, sempre confiante de que o serviço público é necessário, o bom serviço público. E por que eu fiz questão de citar Paulo Pontes? Porque nós estamos em tempos em que, por vezes, há uma certa confusão generalizada do que o que é público tem que ser ineficiente e que o que é público pode ser descartado, pode ser substituído por uma outra coisa que não é pública. Não tenho nenhum preconceito com relação ao que é privado ou com o que é público, mas é evidente que o público tem uma tarefa diferente, o público pode criar equilíbrio, enquanto o privado não tem essa obrigação, não tem essa responsabilidade. E por isso, muitas vezes, temos que descartar ou pelo menos amenizar as palavras que ouvimos constantemente e contrariar as obviedades.

Quem lidera ou quem se propõe a melhorar, não pode apenas seguir o caminho das coisas que momentaneamente são majoritárias. É preciso, de alguma forma, desbravar o matagal que, por vezes, toda a humanidade se coloca. Muitas vezes as maiorias, no mundo todo, também ficaram turvas. É preciso, portanto, nesse momento que o País atravessa, todos nós, que de alguma forma fazemos o serviço público ou que prestamos o serviço público, temos a obrigação de resistir e de poder reorientar porque muitos de nós, e eu tenho certeza que aqui nessa sala quase todos, de alguma forma, cumprimos as nossas missões também. Nós fazemos o que somos vocacionados, por opção de vida. Nada impediria de termos a vida privada, mas aqueles que nascem com a vocação pública, como nós, obviamente, nascemos, não há alternativa para ser feliz.

Portanto, nesse caminho, nessa trajetória que eu optei de vida, tenho para mim que tudo vai se construindo a partir de grandes relacionamentos criados.

Acesso ao Sumário

Depois de tantos anos de vida pública – quase 35 – não consegui angariar um único indivíduo, uma única pessoa, que posso dizer que é meu adversário. Para mim, cada passagem é única e se transforma em outras oportunidades.

No período curto, mas também realizador, da passagem do governo de São Paulo, foi uma honra especial poder governar o Estado, ainda mais na sucessão do Governador Alckmin, que vinha há tantos anos no Governo. Nós temos que ter orgulho, não temos que ter vergonha de nada, nós somos São Paulo, nós não somos qualquer coisa, somos um dos sete ou oito Estados mais influentes e mais poderosos do mundo. Nós investimos em São Paulo mais do que diversos países no mundo, como a Rússia e como a Espanha, nós temos o maior serviço público e universitário público do mundo. Não é pouca coisa e tudo isso foi construído com esforço de todos os paulistas. Temos aqui coisas que são absolutamente únicas. A nossa comparação não pode ser apenas com o Brasil porque é tão desproporcional o que nós temos que não é correto comparar com outros Estados – temos que nos comparar com outros lugares do mundo.

É difícil você encontrar uma única atividade no Brasil que não tenha partido a partir do conhecimento acumulado por São Paulo, mas o que pouca gente lembra-se de falar é que esse conhecimento, toda essa riqueza de cultura que se acumulou em São Paulo, foi construído com o dinheiro público, com recursos públicos, porque todos nós paulistas, ao fazermos as nossas compras ou pagarmos os nossos impostos, estamos criando uma lança de esperança para todo país. Não houve um único movimento de relevância no Brasil que não tenha partido de São Paulo, nem na política e nem no desenvolvimento – e não haverá.

Portanto, as passagens transitórias do ponto de vista das eleições são menos importantes. Evidente que você pretende alcançar a vitória, mas mais do que a vitória eleitoral é a vitória política da conquista do reconhecimento. Para cada planta que você planta, pode não ser a pessoa que fará a coleta da fruta, mas a fruta está plantada e a coleta acontecerá, as pessoas farão essa coleta.

Eu diria que todo o serviço público voltou a acreditar que é possível um reconhecimento que nem sempre é apenas a questão da remuneração ou do salário. Muito mais que isso é o reconhecimento do serviço, as pessoas saberem que o Estado de São Paulo, os 45 milhões de habitantes que aqui estão (e todos os brasileiros), são agradecidos ao serviço público que é feito em São Paulo, porque é parte importante de todo o nosso desenvolvimento. E isso é uma semente que está plantada.

Agradeço muito a generosidade do Tribunal. Sei que essas homenagens são raras, são feitas de maneira especial. Muito mais do que a mim, são feitas em reconhecimento ao Governo de São Paulo. Exerci a função com toda paixão e entrega que é possível quando se está na função pública. E farei até o final do

Acesso ao Sumário

mandato como alguém que é apaixonado pela atividade, torce para que sempre dê certo, seja quem irá exercer essa função. Há um filme famoso do cinema americano em que em uma cena final, depois de grande perseguição, a pessoa que está perseguindo consegue alcançar a pessoa que foi eliminar no futuro. Ele não era um ser humano, era uma máquina, e em vez de fazer o ato final do assassinato ele resgata a pessoa, que não entende: "Por que você passou tanto tempo me perseguindo e ao final você me resgata dessa situação?", e ele fala: "É porque eu me apaixonei tanto pela vida que eu a amo de qualquer forma, mesmo aquela que um dia eu persegui".

Eu sou tão apaixonado pelo serviço público e pela política que torço para que todos possam ser bem-sucedidos, que todos possam dar certo e tudo que estiver ao meu alcance farei, com a certeza de que estou fazendo o melhor e estou cumprindo a minha jornada. E, no entanto, Ele decidirá ao fim aquilo que cada um tem de melhor para poder oferecer à sociedade. Eu sei que nesse instante do País nós precisamos, de alguma forma, ajudar a orientar as intermediações, as mediações, as conversas, porque não há uma solução que seja definitiva. Na humanidade toda nunca houve, não é possível que aqui vá haver. O perfil do povo brasileiro é de um povo que produziu suas conquistas sem praticamente ter uma gota de sangue derramada. É um caso raro, quase único na humanidade, de avanço produzido numa população tão grande, um país tão grande, a partir de conversas, a partir de entendimento.

Os paulistas são essencialmente um povo que recebe a todos. O lugar que representa a essência dessa alma brasileira, da mistura, da formação de diversos povos, é exatamente São Paulo. Quando pela primeira vez Martim Afonso chegou, em janeiro de 1532, estava formando ali a geração de um novo povo, de um povo que vinha renovar, um povo vindo das desilusões que a Europa atravessava nos séculos XIV e XV. Como se Deus mandasse, aquele povo foi buscar uma certa pureza nas almas dos nossos povos indígenas e isso se juntou à cultura africana e nós produzimos uma nação. Poucos conseguem entender por que ela é tão grande e tão disforme, mas eu tenho a absoluta certeza que o destino do Brasil estará vinculado a São Paulo.

Hoje, depois de muitos anos, temos o Ministro Toffoli, paulista, presidindo o Supremo. Teremos um paulista presidindo a República a partir de janeiro, o que não acontecia desde 1906. Eu tenho certeza que São Paulo não faltará a sua responsabilidade.

Agradeço demais essa homenagem, sei que ela é fruto da amizade dos senhores com o Governo de São Paulo. Digo a todos que os compromissos que tenho com São Paulo e com o Brasil, eles estão todos apenas se iniciando. Essa foi a 14ª eleição de que participo, aprendi a conviver com os resultados, aceitar os resultados e traduzi-los em outras conquistas e disputas. Mais importantes do que o nosso sucesso é o sucesso do Estado de São Paulo e do Brasil. Tenho

certeza que a isso estamos todos nós fadados. Muito obrigado, boa tarde a todos, fiquem todos com Deus.

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento proferido por ocasião da Outorga do Colar do Mérito Judiciário ao Governador Márcio França (Solenidade realizada em 28.11.2018).

Uma boa tarde a todos.

(Cumprimentos às autoridades)

Eu, na mesma medida em que o nosso Desembargador William Campos, orador que falou por essa Corte de Justiça numa belíssima oração, repleta de paulistanidade, e na mesma medida que nosso Governador também ressaltou a Bandeira dos paulistas, ambos trazendo versos de paulistas, também seguirei na mesma trilha e lembro, rapidamente, Olavo Bilac: "Ora (direis) ouvir estrelas! Certo / Perdeste o senso!" E eu vos direi, no entanto, / Que, para ouvi-las, muita vez desperto / E abro as janelas, pálido de espanto... / E conversamos toda a noite, enquanto / A via láctea, como um pálio aberto, / Cintila. E, ao vir do sol, saudoso e em pranto, / Inda as procuro pelo céu deserto. / Direis agora: "Tresloucado amigo! / Que conversas com ela? Que sentido / em o que dizem, quando estão contigo?" / E eu vos direi: "Amai para entendê-las! / Pois só quem ama pode ter ouvido / Capaz de ouvir e de entender as estrelas".

Pois bem, recordando-me nesse verso que apreendi na minha meninice, e depois das declarações dos dois paulistas que me antecederam nesta tribuna, posso dizer que todos que se encontram aqui, aqui estão porque amam a Justiça, sejam os Magistrados, sejam os Advogados, sejam os membros do Ministério Público, sejam os Servidores, sejam todos aqueles que estão nesse sacrário da Justiça paulista. Estão cumprindo com algo que é inerente a quem ama a Justiça. Ou seja, dar a cada um o que é seu. Pois bem, estamos aqui exatamente para reverenciar, em ato repleto de Justiça, um Governador paulista, vindo do litoral paulista, cuja história foi extremamente bem retratada com os pincéis do orador que falou por nossa Corte e que traçou com rara felicidade quem é o homenageado desta tarde. Um homem filho de Professores e Médicos, neto de Médicos, gente caiçara, do litoral, daquele município em que o nosso Governador Márcio França iniciou, como ele bem disse, a vida pública servindo

Acesso ao Sumário

nos quadros do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ao mesmo tempo cursava a tradicional Casa Amarela, a Faculdade de Direito de Santos. Lá ouviu os primeiros ensinamentos de seus Mestres, numa Faculdade que ao lado de outras tantas que temos, é um celeiro de grandes Magistrados.

Nós, como paulistas que somos, apaixonados pela terra de Piratininga, de onde partiram os Bandeirantes para construir esse País, somos sabedores da grandeza do Estado, como bem ressaltou Vossa Excelência ao falar dos paradigmas possíveis para comparação da grandeza do Estado de São Paulo. Dizer que Vossa Excelência governou esse Estado com competência, com comprometimento, da exata forma que Vossa Excelência disse o que é ser um servidor público. Creio muito nisso: nós, todos que estão aqui, somos servidores públicos, todos. Somos servidores públicos e temos a obrigação de servir ao povo de São Paulo e, via de consequência, ao povo do Brasil. Esse Estado, como bem declamado por Vossa Excelência, recebeu gente de todos os lados, de braços abertos, tornando-se esse caldeirão multicolorido de pessoas de todas as origens, que construíram uma nação e fizeram desse Estado a locomotiva do continente que é o Brasil.

São Paulo é realmente aquele que dirige e que é o protagonista da história brasileira, seja nos movimentos políticos, seja no sistema econômico financeiro, seja na educação, seja na saúde. Todos quando querem ter o serviço da melhor qualidade possível nesse País, sabem que o melhor caminho é o Aeroporto de Congonhas ou de Guarulhos. E todos que aqui chegam são recepcionados de braços abertos, com a cordialidade do paulista. Por isso, a grandeza do Tribunal de Justiça de São Paulo, o maior Tribunal deste País – os números comprovam –, com uma produtividade sem paralelo na história da vida judiciária do nosso Brasil.

Vossa Excelência, ao começar em São Vicente a sua carreira de vereador, depois prefeito por dois mandatos onde recebeu um município que se encontrava em uma situação econômico financeira e social dificílima, teve criatividade para construir soluções, para enfrentar os problemas que os caiçaras de São Vicente enfrentavam. Sei dos projetos que foram capitaneados por sua gestão local, notadamente o serviço civil prestado com base na Carta Federal, que tantos frutos produziu e que serviu de modelo para muitos municípios brasileiros.

Acesso ao Sumário

Posteriormente, no Congresso Nacional, Vossa Excelência fez um excelente trabalho nos mandatos para os quais foi eleito. Em São Paulo foi Secretário de Estado, Vice-Governador e Governador. Portanto, conseguiu construir uma carreira graças ao trabalho, inteligência, perspicácia, persistência, e ética com que se consagrou.

Agora passo a prestar o depoimento de que, na condição de Ex-Corregedor-Geral da Justiça desse Estado e depois como Presidente desta Corte, no período

que convivemos o Tribunal Paulista só recebeu apoio institucional de Sua Excelência, Doutor Márcio França. Político de palavra, transparente, cumpriu todos os compromissos assumidos no interesse público do povo paulista.

Lembro-me da primeira vez que fomos visitar a Junta Comercial do Estado de São Paulo, em que Vossa Excelência mostrou o trabalho que era feito, a tecnologia. Vossa Excelência era o Secretário também, acumulava os dois postos e nos mostrou como solucionar o grande problema do arquivo. Estamos já bem adiantados nesse trabalho.

A primeira pessoa que me abriu as portas para encontrar uma solução foi Vossa Excelência. Com o apoio dos Advogados, do Ministério Público, da Procuradoria Geral do Estado, da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, todo o Colégio de Líderes, e disse exatamente o que estou dizendo aqui: "Precisamos resolver isso pelo povo de São Paulo".

Na questão da taxa judiciária, Vossa Excelência com alto espírito público, de forma constitucional, assegurou a participação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nessa fonte de renda, que com certeza auxiliará o Tribunal a cumprir com as suas obrigações. Os projetos de lei encaminhados estão todos em andamento (e eu não posso deixar de prestar o testemunho de que os deputados estaduais têm colaborado muito, por isso nosso muito obrigado).

Então, nesse momento em que estamos já no final do exercício de 2018, o Tribunal de Justiça não poderia deixar que ele se encerrasse sem, de forma justa, agradecer o trabalho incansável, o trabalho desinteressado, o trabalho de viés puramente institucional e que visa, exclusivamente, ao interesse público do povo paulista, que Vossa Excelência prestou na gestão do

Estado de São Paulo. Esse não é um discurso, não é uma oração, é um pleito de gratidão do Judiciário de São Paulo a quem, sabendo que os grandes interesses da nação passam por São Paulo, fez de sua trajetória no Governo paulista um modelo que, com certeza, levará Vossa Excelência a outros caminhos, a outros postos em que será chamado em prol do povo paulista e do povo brasileiro.

Muito obrigado! Vossa Excelência recebe não só o Colar do Mérito Judiciário, mas, do coração de todos os Juízes e Servidores, Vossa Excelência recebe o abraço, a gratidão eterna e queremos escrever com letras de ouro nos nossos corações, o muito que Vossa Excelência fez pelo Poder Judiciário do Estado de São Paulo. Muito obrigado, senhor Governador Márcio França.

Acesso ao Sumário

MÁRIO DEVIENNE FERRAZ (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião da inauguração de seu retrato na Galeria de Presidentes do Tribunal Regional Eleitoral – TRE-SP (Solenidade realizada em 06.12.2018).

Estimados Senhor Presidente deste egrégio Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, Desembargador Carlos Eduardo Cauduro Padin, Senhor Vice-Presidente desta Corte, Desembargador Waldir Sebastião de Nuevo Campos Júnior, Senhor Desembargador Silmar Fernandes, que representa o ilustre Presidente do Tribunal de Justiça deste Estado, Desembargador Manoel Queiroz Pereira Calças, Senhor Vice-Presidente do colendo Tribunal de Justiça deste Estado, Desembargador Arthur Marques da Silva Filho, Senhor Corregedor Geral de Justiça, Desembargador Geraldo Francisco Pinheiro Franco, Senhor Presidente da Seção de Direito Criminal, Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, Dr. Luiz Carlos Gonçalves, ilustre Procurador Regional Eleitoral, Dr. Silvio Salata, que aqui representa o eminente Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil-Seção São Paulo, Dr. Marcos da Costa, em cujas pessoas peço licença para saudar os demais eminentes Juízes desta Corte, meus colegas e amigos Desembargadores, Juízes, Procuradores Eleitorais, Advogados, Servidores e ex-servidores desta Casa, aos quais saúdo da pessoa do Senhor Diretor Geral Claucio Cristiano Abreu Corrêa enfim, todos que, com sua presença, enaltecem essa singela solenidade.

Quero inicialmente agradecer à direção desta Casa pela cerimônia em que se entroniza nesta Corte de Justiça o meu retrato na Galeria de Ex-Presidentes deste augusto Tribunal, de tantas tradições e que, diuturnamente, muito contribui para o aprimoramento da democracia em nosso país.

Este é realmente um momento que muito me sensibiliza, por me fazer recordar de toda a trajetória de atuação neste querido TRE, onde, mercê da generosidade de meus pares no colendo Órgão Especial, tive a oportunidade e o privilégio de conhecer pessoas maravilhosas e desenvolver todo o meu amor e dedicação à causa da Justiça Eleitoral.

Acesso ao Sumário

Aqui cheguei em 2010, inicialmente como Suplente e desde logo passei a integrar, ao lado dos eminentes Juízes também Suplentes Antonio Carlos Mathias Coltro e Luiz Francisco Aguilar Cortez, a Comissão de Fiscalização da Propaganda. Nessa época a estrutura para trabalharmos era bem diferente da atual. Os três, espremidos numa pequena sala do 11º andar, passávamos os dias num trabalho intenso a julgar em primeiro grau de jurisdição e depois como Relator nato na Corte os recursos das decisões que proferíamos em representações por propaganda irregular, conduta vedada, pedidos de direito de

resposta, mandados de segurança, etc., na movimentada campanha eleitoral daquele ano em que ocorreram eleições gerais. Foi um trabalho exaustivo, mas também gratificante, que trouxe muita experiência no início de nossas atividades na justiça eleitoral. Depois de quase quatro anos substituindo eventualmente os eminentes Desembargadores no Plenário, passei a integrar a Corte na qualidade de membro Titular, no primeiro biênio 2014/2015 como Vice-Presidente e Corregedor Regional Eleitoral e depois no biênio 2016/2017, como Presidente deste egrégio Tribunal Regional Eleitoral. Tive a honra de ter sido eleito por meus pares presidir o Colégio de Corregedores Regionais Eleitorais e depois o Colégio de Presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais-COPTREL, bem como para, na qualidade de Diretor da EJE-Escola Judiciária Eleitoral Paulista, integrar, como representante da Região Sudeste, o Conselho do CODEJE-Colégio de Dirigentes das Escolas Judiciárias Eleitorais do que muito me orgulho, por ter levado o nosso querido TRE paulista a ocupar lugar de destaque no âmbito de toda a Justiça Eleitoral, atividades essas me renderam inúmeras e queridas amizades, pois sempre fui bem recebido em todos os lugares deste Brasil onde estive participando de posses, aprendendo em Cursos, Congressos e Seminários sobre temas eleitorais e de administração de tribunais, presidindo encontros de Corregedores e de Presidentes e até mesmo contribuindo com nossa presença e diálogo nos Tribunais Superiores e no Parlamento, no trato de assuntos relacionados à Magistratura e ao Poder Judiciário e ainda especificamente em relação à própria Justiça Eleitoral e a este Tribunal.

Foi uma experiência maravilhosa, indescritível, vivida com muita intensidade, da qual mantenho as melhores recordações e relembro com muita saudade.

No final, feito o balanço e o juízo crítico de minha atuação nesta Corte Eleitoral Bandeirante, creio que posso dizer que tenho a consciência tranquila de haver combatido o bom combate e me doado ao máximo para desempenhar a contento as minhas funções. Se mais não fiz foi devido às minhas próprias limitações. Se errei e se de alguma forma desagradei ou magoei alguém, reitero aqui meu sincero pedido de desculpas, pois minha intenção sempre foi a de acertar e de fazer o melhor para todos em prol da Justiça Eleitoral.

A atuação neste Tribunal foi sobremaneira enriquecedora, não só pela bagagem de conhecimentos adquirida ao longo desses anos, mas principalmente pelo leque enorme de amizades construídas nesse período, em que pude testemunhar quão dedicado e especial é o quadro de servidores da valorosa Justiça Eleitoral Paulista, cujo empenho, dedicação e amor ao trabalho constituem exemplo para todos neste país, e disso mais uma vez recentemente deu provas, sob a batuta dos meus diletos amigos e colegas Desembargadores, Presidente Carlos Eduardo Cauduro Padin e Vice-Presidente e Corregedor Eleitoral, Waldir Sebastião de Nuevo Campos Júnior, que tão bem conduziram

Acesso ao Sumário

o processo eleitoral deste ano.

Agora, uma palavra de gratidão. Recebi do Nosso Senhor o Bom Deus muito mais do que merecia e a Ele dou graças por tudo que me concedeu. Foi muito significativa a experiência de haver compartilhado essa história de vida profissional na Justiça Eleitoral com todos os eminentes colegas desembargadores, magistrados, Procuradores Eleitorais, Advogados e Servidores, de ontem, de hoje e de sempre e com cada um muito aprendi, como juiz e como homem. O tempo é fugaz e passa tão depressa que, num piscar de olhos, lá se vão vários anos. O tempo aqui vivido traduz momentos que ficarão marcados eternamente em minha memória. Lembrarei de tudo e principalmente de todos sempre com muito carinho. Foi uma grande honra ter tido o privilégio de poder servir à Justiça Eleitoral e, ainda que minimamente, dentro de minhas limitações, contribuir para o fortalecimento de nossa democracia.

Quero agradecer de forma especial aos meus queridos colegas de Tribunal, primeiramente ao atual Presidente, Desembargador Carlos Eduardo Cauduro Padin, à época Vice-Presidente e Corregedor Regional Eleitoral, com quem dividi a administração deste Tribunal e com quem sempre mantive o melhor relacionamento, numa convivência harmoniosa e produtiva. A todos os colegas com os quais tive a honra de aqui judicar e aprender agradeço pela forma lhana, cordial e amiga com que sempre fui distinguido; aos meus estimados Juízes Assessores, Marco Antônio Martin Vargas e Manoel Luiz Ribeiro, valorosos companheiros com os quais partilhei as angústias, anseios e expectativas que o exercício desses cargos me impôs e que me foram sempre fiéis e preciosos conselheiros, bem como a todos que, de alguma forma, tornaram possível fosse cumprida a contento minha missão. Ninguém faz nada sozinho e se algo foi possível realizar, isto deve ser tributado a um esforço conjunto, ao trabalho em equipe, como se fora uma orquestra bem afinada, cada qual desempenhando sua tarefa para o sucesso de todo o Tribunal e da Justiça Eleitoral. Por isso, nesse retrato que ora se eterniza nessa galeria de ex-presidentes, gostaria que imaginassem nele estarem todos os colegas, procuradores, advogados e servidores desta Casa, pois esta é a imagem que guardarei da Justiça Eleitoral Paulista, da qual fui apenas seu condutor nesse biênio que presidi esta Corte.

Acesso ao Sumário

Faço um agradecimento especial a todos os funcionários e servidores deste Tribunal e dos cartórios eleitorais da Capital e do Interior, do quadro e requisitados, pois bem sei que cada um deles se esforça para dar sua melhor contribuição para o prestígio e credibilidade da Justiça Eleitoral perante nossa população, e para tanto peço licença para fazê-lo na pessoa da ex-Diretora Geral desta Corte, Jade de Almeida Prometti, que tantos relevantes serviços prestou a este Tribunal durante os anos em que aqui trabalhou, agradecendo carinhosamente todo o apoio que sempre recebi de todos os dignos e operosos Secretários, os quais tenho a agradável alegria de hoje rever.

Agradeço, finalmente, pelo competente trabalho, dedicação e carinho com que sempre fui distinguido pelos queridos servidores do gabinete da Corregedoria e da Presidência que comigo trabalharam, da equipe médica do tribunal, do setor de transportes e da assessoria da polícia militar.

Agradeço especialmente a presença dos meus padrinhos, Desembargador Joaquim de Almeida Braga e de sua esposa Vera, que muito me honram nesta oportunidade com suas presenças.

Agradeço também a presença amiga do ilustre Coronel Marcelino Fernandes, digníssimo Corregedor da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

À minha esposa Eliana e meus filhos Andressa e Leonardo, externo minha profunda gratidão e a expressão do meu amor pelo apoio incondicional apoio em todos os momentos, de alegria e de tristeza, pedindo escusas pela ausência que o desempenho do cargo lhes custou.

Aos dirigentes da Corte, meus queridos amigos Carlos Eduardo Cauduro Padin e Waldir Sebastião de Nuevo Campos Júnior e demais membros deste Augusto Tribunal, renovo efusivos cumprimentos e votos de felicidades.

Sou grato, por fim, às dignas autoridades e queridos amigos que deixaram seus compromissos para estar ao meu lado num momento de alegria em que, modestamente, passo a compor tão seleta galeria de incomparáveis Presidentes que, com inexcedível brilho, honraram a Justiça Eleitoral Paulista.

A todos o meu muito obrigado e votos de um Santo Natal e um Ano Novo pleno de esperanças, alegrias e realizações.

OSCIL DE LIMA JÚNIOR (Desembargador)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da Outorga do Colar do Mérito Judiciário ao Advogado Braz Martins Neto (Solenidade realizada em 11.12.2018).

Saúdo todas as autoridades já nominadas pelo Cerimonial na pessoa do Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças,

Saúdo, também, todos os nobres Advogados, membros do Ministério Público, Servidores do Tribunal, amigos e familiares do homenageado.

Agradeço imensamente o maciço comparecimento a demonstrar o prestigio e respeito do nosso laureando.

Senhor Presidente, inicialmente queria agradecer Vossa Excelência por

me conceder a honra de falar nesta solenidade em nome deste Egrégio Tribunal de Justiça. Falo aqui também em nome dos demais ilustres Desembargadores proponentes desta honraria, Doutores Aroldo Mendes Viotti, Ricardo Henry Marques Dip, Eduardo Cortez de Freitas Gouvêa e José Jarbas de Aguiar Gomes.

O Colar do Mérito Judiciário é a mais alta honraria do Tribunal de Justiça e tem como o objetivo homenagear as pessoas que, por seus méritos e relevantes serviços prestados à cultura jurídica, hajam por merecer especial distinção. Foi instituída em 1973, e a primeira outorga da láurea foi por ocasião dos festejos do centenário da instalação do Tribunal, em fevereiro de 1974, contemplando os desembargadores da Corte, seus ex-presidentes e os ministros do Supremo Tribunal Federal vinculados a São Paulo.

Nestes 44 anos, além dos Desembargadores que ascendem à Corte, menos de uma centena e personalidades foram agraciadas, a demonstrar a relevância, seletividade e importância que o Tribunal dá a esta honraria. A propositura por nós formulada e prontamente aceita pela Presidência e pelo Colendo Órgão Especial deste Tribunal revela que o homenageado cumpre todos os requisitos, e os extrapola em muito.

O maior e, sem qualquer modéstia, o melhor Tribunal de Justiça do país, em sua quase sesquicentenária existência, é um marco indelével na história da justiça e do Poder Judiciário, razão de orgulho para todos nós que habitamos esta terra paulista.

Tal circunstância faz com que a honraria que hoje é entregue ganhe maior relevância.

O Hino do Tribunal de Justiça há pouco ouvido, com a letra do nosso eterno Príncipe dos Poetas, Paulo Bomfim, sintetiza a essência do que somos. Feitas estas breves digressões, é hora de falarmos do nosso homenageado Doutor Braz Martins Neto.

Quis a fortuna do destino que eu viesse a conhecer o homenageado há mais de uma década. Nós nos aproximamos em razão da minha esposa Maria Silvia compor na época o Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados de São Paulo. Daí para o surgimento de uma grande amizade foi um átimo de tempo, tudo em razão da profunda empatia que nos atingiu. Até então, não conhecia profundamente os qualificativos e predicamentos do homenageado, que foram se desvelando de forma clara, trazendo a certeza de sua grande personalidade.

Faço esta pequena reflexão para dizer que não foi a amizade que nos trouxe até este momento, mas sim o caráter impar do Doutor Braz Martins Neto, brilhante Advogado e colaborador incondicional deste Tribunal de Justiça.

Nascido em 1950 na cidade de Adamantina, ali passou a sua infância e adolescência. De formação familiar exemplar, a ética pessoal e profissional fez morada em sua alma. Graduado pelas Arcadas em 1973, advoga de forma

Acesso ao Sumário

plena há 45 anos. Sempre preocupado em contribuir com a nobre classe dos Advogados, foi Presidente do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB São Paulo no triênio 2004/2006, Presidente da Comissão de Estágio e Exame da Ordem no triênio 2007/2009, ocasião que, ainda, acumulou o cargo de Corregedor do Tribunal de Ética da entidade, Diretor Tesoureiro da CAASP entre 2010/2011, Diretor Secretário Geral da OAB SP entre 2010 e 2012, Diretor Geral da Escola Superior da Advocacia no ano de 2015 e é o atual Presidente Caixa de Assistência dos Advogados. Tais posições, por si só, demonstram o rigor moral do homenageado.

No âmbito do Tribunal de Justiça, como representante da OAB, participou como examinador titular dos Concursos de Ingresso à Magistratura nos anos de 2005 e 2006 (nº 176 e 179) e como suplente em 2008 (n° 180), contribuindo para selecionar os melhores Magistrados, hoje todos eles honrando o nome do Poder Judiciário Paulista.

Compôs, ainda, a Comissão Mista TJSP/OAB SP, sendo interlocutor fundamental entre as instituições, conseguindo com o seu brilho quase sempre a resolução de temas de interesse público, com o apaziguamento de tensões naturais decorrentes do conflito de interesses.

Em setembro de 2012, em razão da cisão do concurso de ingresso nº 183, por obra do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), compareceu à Tribuna daquele conselho, como representante da OAB, onde realizou defesa intransigente do Tribunal de Justiça que havia sido atacado de forma intempestiva por advogado que o antecedeu na tribuna. Tal fato ficou marcado indelevelmente na alma dos Desembargadores que compuseram a banca examinadora, pelo desagravo imediato obtido.

Na sua atividade de Advogado, é conhecido neste Tribunal por seu vasto cabedal jurídico e por sua excelente oratória, trazendo em suas sustentações orais sempre a lhaneza de trato com todos os presentes e a abordagem precisa dos pontos fundamentais para o deslinde das causas.

O Doutor Braz Martins Neto, seguindo a escola tradicional dos grandes Advogados, cuida pessoalmente das causas que lhe são apresentadas, com a redação cuidadosa de seus pareceres e peças judiciais, a par do aconselhamento sempre preciso aos seus clientes.

Neste sentido, cabe como luva ao ministério do homenageado, o pensamento de Ruy Barbosa, um dos nossos maiores Advogados, quando diz: “nós Juristas, nós os Advogados, não somos os instrumentos mercenários dos interesses das partes. Temos uma alta Magistratura, tão elevada quanto aos que vestem as togas, presidindo os tribunais; somos os auxiliares naturais e legais da justiça; e, pela minha parte, sempre que diante de mim se levanta uma consulta, se formula um caso jurídico, eu o encaro sempre como se fosse um Magistrado

Acesso ao Sumário

a quem se propusesse resolver o direito litigiado entre partes. Por isso, não corro da responsabilidade senão quando a minha consciência a repele". Esta é a conduta que é observada diariamente pelo Advogado Braz Martins.

No âmbito familiar, encontrou o seu porto seguro ao conhecer a Marcia, sua querida esposa, ainda em Adamantina, sua cidade natal, com quem teve três filhas, Tatiana, Patrícia e Monica, todas formadas e excelentes profissionais em suas áreas. A confirmar que o núcleo familiar equilibrado, apesar de todas as tentativas atuais de enfraquecê-lo, é, ainda, o ninho de onde podemos extrair grandes seres humanos, dotados de ética para a vida toda.

Como prometi não me alongar, porque as atenções devem estar focadas no homenageado e não a este orador, cito a cultura geral do Doutor Braz que ele expressa através da filatelia, hobby de plena dedicação há mais de 50 anos, através do qual tem conhecido muitas partes do mundo e tem contribuído para a divulgação da importância histórica dos selos. Nesse sentido, em 2017 lançou relevante obra onde nos conta através dos selos sobre o Estado de Direto – Defesa e Violação. Pelo que tenho conhecimento, para nossa satisfação, outras obras semelhantes estão no prelo.

No dizer do homenageado, "a paixão pelos selos e pela profissão de Advogado perdem apenas para o amor por Marcia e as três filhas que lhe deu. Enfim, uma história de vida feliz, alimentada pelo que faz e como faz".

Doutor Braz Martins receba o respeito e a devoção de todos nós do Tribunal de Justiça, neste momento de reconhecimento e carinho. Parabéns pela merecida homenagem. Muito obrigado.

BRAZ MARTINS NETO (Advogado)

Discurso de agradecimento por ocasião do recebimento do Colar do Mérito Judiciário (Solenidade realizada em 11.12.2018).

Acesso ao Sumário

Excelentíssimo Senhor Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, Digníssimo Presidente desta Corte.

Excelentíssimo Desembargadores Oscild Lima Júnior, Aroldo Mendes Viotti, Ricardo Henrique Marques Dip, Eduardo Cortez de Freitas Gouvêa, José Jarbas de Aguiar Gomes.

Excelentíssimo Doutor Luiz Flávio Borges D´Urso, representando o Digníssimo Presidente da Ordem dos Advogados de São Paulo, Seccional do Estado de São Paulo.

Colegas Advogados. Senhoras e Senhores.

Senhor Presidente: muito refleti sobre o que falar neste momento especial para mim. É verdade que me sinto ocupando uma tribuna, muito ao meu gosto, onde sempre exerço o sagrado direito de postulação, nos minutos que me são concedidos, na defesa do direito que patrocino em favor de um cliente. Afinal, encontro-me no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O momento, entretanto, é diferente. Aqui estou Advogado, laureado por esta Corte, com o "Colar do Mérito Judiciário". O merecimento foi decidido pelos senhores Magistrados. Se mereço, é juízo de valor de Vossas Excelências, cuja honraria, entretanto, é insuperável para um operador do direito.

Decidi que minha fala, tanto quanto a alma me inspira, irá dimensionar a intensidade da emoção que vivo. Para tanto, vou fazer um passeio pela história de minha vida.

30 de março de 1950, 13h45, em Adamantina, minha mãe, Nelly, dava-me a luz para a vida que então iniciava. A memória não me permite alcançar os primeiros anos de vida. À altura dos seis anos de idade lembro-me, entretanto, que já sonhava com o futuro, imaginando-me na direção de uma motoniveladora, exatamente aquela que plainava a rua da casa onde morávamos. Deleitava-me com os movimentos de pá de uma "Allis Chalmer". Seu condutor era o meu herói. Sonho, entretanto, superado por uma outra profissão, a de condutor de uma locomotiva, acalentado nas viagens de trem proporcionadas pelo saudoso Nenê, meu pai. Imaginava-me, quando crescido, que não haveria melhor trabalho do que estar à frente de uma grande composição de vagões, puxados por uma locomotiva, tendo à minha frente o caminho dos trilhos, marcando sua passagem com dois apitos, um breve e outro longo, que, nos anos 50, avisavam a sua partida nas estações. O acalento pela profissão que abracei foi alimentado pela saudosa avó materna, Antoninha, que dizia sentir minha vocação para a Advocacia, revelada, segundo ela, pelo meu estilo convincente e vigoroso nas conversas que nos entretínhamos.

20 de julho de 1964: Ernesto Ando, amigo de infância, apresentou-me um pequeno álbum, com selos do Brasil, dizendo-me que estava iniciando uma coleção e, animando-me a segui-lo, deu-me alguns exemplares que tinha repetidos. Desde o primeiro momento me empolguei e segui os mesmos passos de meu amigo Ernesto, iniciando uma coleção modesta no conteúdo, mas rica no entusiasmo. Era através das correspondências que trocava com colecionadores do mundo afora, que passei a fazer minhas viagens imaginárias, visualizando o destino delas, sonhando conhecer o mundo, que, através dos selos, desenhava em minha mente.

3 de março de 1968: data marcante em minha vida, pois, deixava a casa dos meus pais, com destino a São Paulo, por trem, ao mesmo tempo em que, Marcia,

Acesso ao Sumário

com 15 anos, aceita o pedido de namoro que lhe fiz, às 21h50. Senti naquele momento a força do meu coração, que não explodiu com as batidas aceleradas com o "sim" que ouvi. Exatos 52 minutos após parti no trem que me trouxe à Capital, com um sentimento de intenso júbilo, pois, de todas as conquistas que a vida me reservava, não poderia haver outra maior. Os primeiros anos em São Paulo foram de aprendizado, iniciando por concluir o curso clássico, no Colégio Roosevelt. No ano seguinte ingressei na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, ao mesmo tempo em que cumpri o meu dever de servir ao Exército, no Centro de Preparação dos Oficiais da Reserva – CPOR, sem dúvida uma verdadeira escola, onde os princípios da hierarquia, ao contrário do que muitos imaginam, não ditam regras de serviência, mas, isto sim, de respeito e ordem, tão necessários para o convívio social.

20 de março de 1974: casava com Marcia, que, no meu dizer, é a razão de meu sorriso. Se hoje pudesse viajar no tempo, voltaria a 3 de março de 1968 para, nesse dia, em lugar de iniciar nosso namoro, casar com ela, se possível, trazendo no bolso o cartão de crédito de 2018. Os primeiros momentos foram de muita dedicação para o crescimento profissional que perseguia. Marcia foi notável no auxílio, pois, além de cuidar do lar e de nossas filhas, dedicava seu tempo à jornada diária de trabalho no Banco do Brasil, somando comigo recursos financeiros nada expressivos para nossa manutenção e a formação de nossas filhas, suficientes, entretanto, para a trajetória que traçamos e, afinal, alcançamos.

30 de abril de 1975: nascia Tatiana, hoje Médica, casada com Guillermo, cuja maior fortuna são as minhas netas Nina e Liz.

30 de setembro de 1977: nascia Patrícia, hoje Advogada, casada com Khalil, aumentando nossa fortuna com os netos Isadora e Henrique.

23 de setembro de 1979: nascia Mônica, Advogada, casada com Marcos, pondo limite em nossa fortuna com os netos Nicolas e Thomas.

Ao longo dos anos que se passaram, com a família constituída, assisti meu crescimento profissional. Em abril de 1979 instalei meu próprio escritório, contando com o trabalho de uma secretária, um estagiário e um office boy. Acompanharam-me os poucos clientes que então atendia. O primeiro deles, Giuliano Bianchi, aqui presente, cresceu em sua atividade empresarial, à vista de meus olhos, com a segurança jurídica que sempre exigiu no trato de suas obrigações e na defesa de seus direitos. Minha contribuição foi mínima em razão do máximo de sua competência. Sua trajetória empresarial marcou o início de minha história profissional, que perpetuo com o seu nome, dado a uma das salas de reunião de meu escritório. Tantos outros clientes, muitos deles longevos e que até hoje se valem de meus trabalhos, são a certificação que colho do quanto acertei em minha conduta no trato de seus interesses. Cabe especial destaque a

Acesso ao Sumário

Firmin Antonio, que toma assento ao lado de Giuliano, pois, quando alcei voo solo na profissão, dele recebi uma ligação afirmando que tinha conhecimento de minha iniciativa e que, afinal, escolhia prosseguir comigo, subvertendo o entendimento de meu ex-sócio, segundo o qual deveria prosseguir com ele. Chamou-me a atenção o princípio defendido por Firmin Antonio, com todo o acerto, de que a escolha do Advogado é do cliente.

Igual importância dedico aos colegas de profissão que, seja adversário, seja compartilhando os deveres da profissão, valorizam a missão profissional que abracei. Nominá-los aqui seria um ato de indelicadeza com aqueles que deveriam ocupar igual espaço a todos que devo eleger com essa distinção. Compreendam, entretanto, que o destaque que passo a fazer é irrecusável. Falo de Patrícia e Mônica, minhas colegas e herdeiras, para quem transmiti minhas virtudes, bem assimiladas, eis que não se deixaram contaminar por meus defeitos. Não menos importante, minha querida Martileide, que chegou para o trabalho em meu escritório com 16 anos. Hoje é minha sócia e, permita-me ela dizer, minha filha adotiva na profissão. Glauco e Leandro, meus sobrinhos Advogados, conviveram profissionalmente por longos anos, colhendo experiências e frutos compartilhados que, certamente, por seus próprios valores, tiveram importância para todos nós.

A Ordem dos Advogados do Brasil é um capitulo especial. Luiz Flávio Borges D´Urso foi o meu condutor no servir à Advocacia. Diversas missões exerci, por verdadeira delegação do então Ilustre Batonier. Nenhuma delas entre inúmeras outras, mais honrosa do que a Presidência do Tribunal de Ética e Disciplina da Seccional do Estado de São Paulo. Foi dele, também, a nomeação para integrar duas bancas do Concurso de Ingresso na Magistratura. Ao longo de 15 anos de dedicação à OAB convivi com um colégio de Conselheiros, campo fértil para cultivar amizades. Cito Fábio Canton para, em nome dele, reconhecer e nominar todos os demais amigos dos bons e difíceis momentos da representação da Advocacia.

Estão na plateia minha mãe Nelly, minha irmã Flávia, acompanhada do meu cunhado Clovis, seus filhos, esposas e netos. Faltou meu pai que se encontra em outra dimensão. Se os mistérios da vida são aqueles revelados por nossa fé, o velho Nenê está orgulhoso do filho laureado por esta Corte.

Hoje, vejo-me realizado pelo que fiz e como fiz. Se a história se repetisse não haveria nada para mudar – senão a antecipação do casamento com Marcia – pois, mercê dessa história, é que está o valor do êxito que alcancei, na exata dimensão do que sempre projetei nos meus sonhos.

Minha fortuna está na família que tenho. A profissão me deu independência para ser o que sou, cujo único rompante é a segurança que sinto no que faço. Como advogado, considero-me vencedor, inclusive nas causas vencidas, pois a

Acesso ao Sumário

vitória é do Direito e não daquele que o postula.

Sintetizando minha vida: uma sucessão de sonhos que se materializam ao momento em que me vejo no cenário real do que antes sonhava alcançar. A láurea que hoje recebo é o final irremovível de meu curriculum, por ser, inegavelmente, o maior de todos os sonhos para qualquer Advogado.

E mais: acabo constatando que o meu imaginário foi o grande condutor de minha trajetória: começo plainando, no comando de minha moto niveladora, os caminhos a trilhar; assumo o comando de uma locomotiva, fazendo uma viagem pela vida, parando nas estações onde colho experiência, e prossigo à frente, chegando, neste momento, na estação final, onde sou recebido pelos amigos para o abraço ao viajante esperado por muitos daqueles com os quais cultivei o que sou.

Por fim, inúmeras foram as mensagens recebidas por este momento. Todas muito expressivas. Tocou-me uma em especial, da lavra de uma colega, em que diz, na expressão de seus sentimentos de carinho, que: "Neste dia tão especial, escrevo para expressar meu respeito a você, que na caminhada da vida soma conhecimentos, subtrai vaidades, multiplica perspectivas e divide cordialidade e afeto. Pelas palavras do Poeta Paulo Bonfim, registro minha admiração pelo homem que preferiu 'riscar um fósforo na própria escuridão, do que viver um palácio iluminado por luzes alheias'".

Fui econômico em minha resposta, mas rico no resumo ao dizer que sua mensagem simboliza: "...mais um dos troféus que colho na passagem pela vida profissional".

Por tudo e a todos, obrigado.

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento proferido por ocasião da Outorga do Colar do Mérito Judiciário ao Advogado Braz Martins Neto (Solenidade realizada em 11.12.2018).

Acesso ao Sumário

Uma boa tarde a todos.

(Cumprimentos aos presentes).

Minhas senhoras e meus senhores, antes de iniciar esta saudação ao Doutor Braz Martins Neto, quero dizer que adiro integralmente à bela oração do Desembargador Oscild de Lima Júnior, ciente de que tudo o que foi dito

expressa um testemunho de quem conhece o nosso homenageado.

Quero também encaminhar saudações ao coral da CAASP que abrilhantou esta cerimônia. Estamos no Plenário do Tribunal do Júri, no secular Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, antiga Corte da Relação São Paulo e Paraná, instituída pelo Imperador Dom Pedro II, para, em um gesto de simples cumprimento do dever, fazer justiça a um Advogado, a um chefe de família, a um marido, a um pai e a um avô, a um profissional e a um ser humano de qualidades tão ricas e tão encantadoras.

Falar sobre o Doutor Braz Martins é muito simples, não há necessidade de preparação para aqueles que o conhecem, como eu, há muitos anos, que aprenderam ao longo do convívio diuturno no exercício da sagrada profissão de advogado a admirar sua conduta reta, de uma vida iniciada na Alta Paulista, Adamantina dos cafezais, vindo depois para nossa São Paulo, ingressando nas Arcadas de São Francisco e caminhando pela vida afora ao lado da esposa que, como ficou muito claro, é o amor de sua vida. Tem a ventura de estar aqui nesta tarde na companhia de sua mãe – também tenho esta mesma ventura e sei o quanto é bom estar ao lado da esposa, da mãe, das três filhas, dos genros e dos netos.

O quadro que se desvela aos olhos de quem visualiza o Advogado Braz Martins Neto é o do homem da família, que tem orgulho de seu pai e de sua mãe e que, graças a seu trabalho, ao seu esforço, construiu uma história de vida que serve de paradigma para qualquer bonus pater familias. Esse é o valor máximo que se entrevê ao analisar a história traçada em poucas palavras, como manda a solenidade, pelo Desembargador Oscild, e reforçada pela oratória do tribuno que fez Advocacia na trincheira da luta pelas liberdades e que se destacou como Jurista de escol, tendo uma atuação muito forte na área que também tenho a mesma dedicação, que é o Direito Comercial (que não mudo de nome, em que pesem as modernidades).

Doutor Braz, nos conhecemos há muitos anos e, ao longo da minha carreira de Magistrado, bastante longa mesmo, temos tido contato constante em diversas situações. Lembro perfeitamente de sua atuação primordial, impecável, como um grande defensor da ética e da moral. Os diversos cargos que Vossa Excelência ocupou na consagrada Ordem dos Advogados do Brasil, sempre na tutela e na exigência do cumprimento dos deveres éticos, seguindo aquilo que todos nós que aqui estamos, Acadêmicos de Direito para sempre, aprendemos nas primeiras aulas sobre o Círculo de Bentham, sobre a moral e o Direito, quando nossos velhos Professores nos ensinaram que o campo da moral é muito mais amplo que o campo do Direito.

Vossa Excelência atua com notável maestria, como um grande e exigente aplicador das regras da ética, da moral, dos bons costumes no exercício

profissional, lembrando que se encontra presente neste plenário tão seleto o primeiro cliente que angariou ao início da sua vitoriosa carreira de Advogado. Isso evidencia que devemos agir de acordo com os princípios éticos e com os postulados da Constituição Federal, colocando o ser humano como o centro de nossas preocupações e a família como o sacrário onde cultuamos os mais valorosos, os mais queridos, os mais irrenunciáveis e impostergáveis princípios da moral cristã, da nacionalidade, do patriotismo, do amor à pátria, à família e a Deus.

Posso atestar que em todas as circunstâncias profissionais que vivemos nessa Corte de Justiça, ao longo de muitos anos, Vossa Excelência sempre se destacou como Advogado modelo, que prestou enormes serviços ao Tribunal de Justiça. Advogando no dia-a-dia, defendendo intransigentemente os direitos de seus clientes, com a espada do bom combate e com a balança da Justiça, já que o primeiro Juiz de toda causa é o Advogado, Vossa Excelência se mostrou um verdadeiro lutador pelos postulados da Justiça. Por isso a família forense se encontra aqui hoje. Por isso aqui presentes os Juízes, os Advogados, os Defensores Públicos, os membros do Ministério Público, a consagrar a amizade que sentem e o orgulho que conseguem expressar ao dizer: "Doutor Braz, nós estamos aqui para homenageá-lo".

O Tribunal de Justiça – e falo em nome de todos os Desembargadores, juízes e servidores – está apenas fazendo aquilo para o que foi constituído: Justiça. Nada mais adequado que em um Tribunal do Júri, sob Cristo, que representa uma das maiores injustiças da história da humanidade, a nos lembrar que não podemos deixar que as injustiças prevaleçam. O senhor, como verdadeiro lutador, fez da Advocacia uma bandeira de vida. Construiu uma belíssima família, e demonstra isso nas suas palavras simples, diretas, no sentido de que este é o maior valor que conseguiu construir ao lado de todo o muito que construiu como ser humano.

Então, em nome do Tribunal de Justiça, digo: aqui estamos reunidos para reverenciá-lo com a maior comenda que este Tribunal concede. Vossa Excelência a partir de agora integra a grei do Tribunal de Justiça pelo muito que fez pelo Judiciário paulista, pelo povo bandeirante, pela terra de Piratininga e por todos aqueles que tiveram a ventura de conviver com Vossa Excelência. Que Deus o abençoe e à sua família. Receba o caloroso, o afetuoso abraço em nome desta Corte Bandeirante que se reuniu, nesta tarde, apenas para fazer Justiça. Tenho dito.

Acesso ao Sumário

LUÍS SOARES DE MELLO NETO (Desembargador)

Discurso em homenagem ao Desembargador Ivan Ricardo Garisio Sartori, por ocasião de sua aposentadoria (Sessão realizada em 18.12.2018).

Embora em sede singela, estamos aqui, antes mesmo do trabalho regulamentar da Sessão, com a honra da presença do próprio Conselho Superior da Magistratura e outras tantas pessoas, desembargadores, autoridades, funcionários e familiares do homenageado, para um preito de gratidão.

E nada obstante singelo, como registrei, o ato é de importância para além de solene, ainda e porquê o homenageado alcançou o cargo maior na Corte, Presidente do Tribunal de Justiça.

Daí a presença de tantos.

É que, para nossa tristeza, despede-se hoje de nós, nada menos do que o Des. Ivan Sartori, um dos grandes e verdadeiros ícones da Casa.

Após nada menos do que 38 anos de carreira brilhante e cheia de valores e registros de orgulho seu, da família, dos amigos e dos colegas, despe-se da toga, esse grande homem.

Precisei, por isso, redigir algumas palavras para o momento, na qualidade de Presidente da Câmara, porque não poderíamos deixar passar em branco algo que nos fará sentir a dor da ausência em cada momento, em cada canto dessa magnifica e festejada Corte de Justiça.

E assim me encaminho para tecer notas sobre aquilo que marca a sua verdadeira eternização na Corte Colenda, em face de ter ocupado, ápice da carreira, por eleição de seus pares, em boa e adequada hora, o honroso cargo de Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Assim, farei o registro de algumas situações que tornaram nossa Corte verdadeiramente outra, a partir do momento em que esse brilhante magistrado, Ivan Ricardo Garisio Sartori, assumiu o mais relevante papel que lhe incumbia, por aqui.

Costumo dizer, e já o disse por mais de uma vez, que a história registrará que havia um Tribunal antes de Ivan, e outro, certamente, após ele.

Conceitos mudaram, relações se alteraram, velhas formas foram deixadas de lado.

E tenho certeza de que isso é consenso.

É voz unânime que a gestão Sartori verdadeiramente revolucionou.

Até mesmo sua própria eleição já revolucionou, na medida em que trouxe à direção da Corte alguém que estava para além do centésimo número, na ordem de antiguidade, coisa inimaginável de se pensar anteriormente àquele dia.

Acesso ao Sumário

Essa era a história, até ali.

Radicalmente alterada, dali por diante.

Aqueles que fazem a história do Tribunal e a vivenciam como nós contemporâneos de Ivan Sartori, certamente fazemos parte de um grupo que conseguiu viver esses dias todos dessas tremendas alterações, e testemunhá-la passo a passo.

Fazemos, nós todos, parte dela, exatamente como ele.

E podemos contá-la a todos, e à própria história.

O que é motivo de orgulho, mais ainda se se considerar o êxito administrativo da gestão. Não há como se negar que essa passagem de Ivan Sartori pela Corte alterou significativa e definitivamente os princípios seletivos e eletivos, assim como a ação executiva de governança, propriamente dita.

O estilo antigo e anterior de governar foi definitivamente rompido.

E isso, bem avaliado, foi boa medida.

E quando menciono antigo, não o faço com relação ao cronológico da idade, embora Ivan, certamente, senão o mais moço, terá sido, pelo menos nos tempos que correm e desde há muito, o mais jovem Presidente da Corte paulista.

Não há dúvida mínima de que Ivan Sartori conseguiu imprimir um ritmo completamente diferente de governar, desde que assumiu a Presidência.

Tal estilo dinâmico, ágil e competente de governo, sempre preocupado em solver questões, das menores até as gigantes, ao mesmo tempo em que marcante e profundamente objetivo, trouxe inúmeras inovações, modernização, rapidez nas soluções e, o mais importante, trânsito intenso de relacionamento – de bom relacionamento – entre a cúpula e funcionários, e entre a direção da Corte e seus pares.

Sempre teve especial apreço pelos funcionários da Casa, e a eles dedicou atenção redobrada, em todos os sentidos.

Ficando fácil concluir, portanto, que nessa medida de relações internas, Ivan, com sua agilidade e tirocínio, deu trato certo e definitivo no relacionamento entre dirigentes e dirigidos, especialmente funcionários, fazendo com que todos estes trabalhassem com maior prazer e afinco em todos os setores da Corte.

O chefe chegou perto dos chefiados.

Preocupou-se sempre com a estabilidade financeira de todos, buscando fazer de tudo para equilibrar e saldar as dívidas do Estado para com seus funcionários.

E esse é um ponto que todos puderam constatar durante toda a gestão, e que certamente contribuiu, e muito, para seu sucesso entre nós, juízes e funcionários, como um todo.

Sempre procurou estar de corpo presente a todos os eventos possíveis.

Acesso ao Sumário

Seu relacionamento com Brasília, então, era caso a parte.

O espírito sempre saudavelmente irriquieto de Ivan, jamais deixou passar nenhuma oportunidade de estar em Brasília com órgãos dirigentes, buscando manter relação de cordialidade com todos os Tribunais da Capital Federal, coletiva ou individualmente.

E se lá de corpo não estivesse, certamente de alma e espírito o fazia, dês que diligenciava representar-se por alguém de peso que lhe fizesse a vez, mandando representante à altura do que a situação exigia.

E todo esse trabalho acabava, por sem dúvidas, em refletir no bom encaminhamento interno da gestão, por aqui, com benefícios a todos nós, seus pares, assim como a todos os demais juízes e funcionários, certamente.

Há uma face digna de nota e impossível de ser deixada de incluir em plano primeiro da marca Ivan Sartori.

É a coragem deste digno Presidente.

Marca dominante, não agora, mas em toda sua vida como magistrado.

Lembro-me de Ivan desde os tempos em que éramos vizinhos em Vara de Fazenda, e isso já se vão quase 30 anos (eu na 9ª, e ele na 10ª), e suas decisões sempre primaram pela coerência e coragem, nunca temendo consequências dos atos de ofício.

E essa mesma coragem eu próprio consegui aquilatar de forma muito presente, constante e sem dúvida alguma gritante, mesmo, na condução de vários e vários assuntos de alta relevância, e muitas vezes polêmica, no Colendo Órgão Especial.

Assumiu papéis difíceis e graves, mas nunca recuava, diante das adversidades.

Independentemente das pressões ou dos caminhos tortuosos e difíceis que os assuntos eventualmente pudessem trilhar, Ivan não esmorecia jamais, e perseguiu sempre o caminho do bom e do justo, com muita coragem, volto a insistir.

Sua marca maior, para mim e na tônica do que aqui se coloca, é ter conseguido colocar em votação e aprovar, em nosso Órgão Especial, que eu tive a honra de integrar e fazer parte dessa específica votação, com larga e marcante diferença, a eleição de todos os pares para os cargos diretivos, rompendo, então e definitivamente, com as barreiras várias e de tantos e tantos anos, que insistiam em premiar a gerontocracia.

Seu governo foi o tempo da mudança.

Quando a história vier em futuro desenhar esta época que vivemos por conta da gestão Ivan Sartori, ela fatalmente será e deverá ser lembrada como a da mudança.

Acesso ao Sumário

Mudança de critérios, mudança de espírito, mudança de gestão, mudança de atuação, mudança de comportamento, mudança de relacionamento interno, mudança da forma de sufrágio, enfim, mudança total da forma de governar e de se relacionar com todos os integrantes e pertencentes ao Poder Judiciário ou fora dele.

Se antes se dizia e durante a gestão Ivan que sucedê-lo seria tarefa hercúlea, hoje, passados alguns poucos anos de sua exitosa gestão, vê-se que a coisa não pode ser enxergada só e secamente por esse ângulo, senão por aquele que a gestão de sucessão dali para frente sempre tem sido tranquila, desde que se aproveitaram os bons resultados daquela, para imprimi-los às próximas, na exata medida de que o bom político é sempre capaz de fazê-lo.

Portanto e se a gestão recomenda, serão exatamente os bons exemplos deixados por ela que tornarão as próximas gestões tão exitosas quanto àquela.

Essa linha de raciocínio é útil e sempre interessará ao bom político, ao bom governante.

Enfim, as marcas deixadas pelo eminente Desembargador Ivan Ricardo Garisio Sartori não estão apenas fincadas nesse pequeno símbolo de sua despedida, em face da grandeza de sua gestão, mas sim e necessariamente em todos os poros dessa Corte, para o todo e sempre.

Esteja certo, querido amigo e companheiro de sempre, que sua luz por aqui continuará a brilhar, mesmo à sua ausência física, durante as próximas sessões.

Muito obrigado pelo carinho de sempre e pelos ensinamentos que você nos proporcionou, ao tempo em que trabalhamos juntos nesta tão querida 4ª. Câmara Criminal do Tribunal.

Acesso ao Sumário

IVAN RICARDO GARISIO SARTORI (Desembargador)

Discurso de despedida por ocasião de sua aposentadoria (Sessão realizada em 18.12.2018).

(Saudações)

Também o meu momento de deixar a Magistratura chegou. Passou muito rápido. Dia 22 de janeiro completo 38 anos de carreira. Fui muito feliz. Procurei, dentro das minhas possibilidades, atender aos anseios dos jurisdicionados, com a agilidade e presteza que se exige de um juiz. Procurei me dedicar ao máximo a cada um dos processos, vendo que neles, além de um amontoado de textos, há

pessoas ávidas por direitos. Falhas, por óbvio, aconteceram, mas, além de saná-las, tirei delas aprendizado.

Entanto, hoje o volume de serviço no Judiciário, principalmente o Paulista, exige demais do magistrado. O juiz não tem mais vida pessoal. Que o digam minha querida esposa Claudia Sartori meus amados filhos Marcelo, Guilherme e Sabrina.

Quando presidente desta Casa, procurei incrementar a infraestrutura o quanto pude, o que prosseguiu nas gestões seguintes e, aqui, quero parabenizar o presidente Manuel Calças, que vem empreendendo esforço hercúleo nesse sentido, a exemplo do Presidente Paulo Dimas. Entanto, ainda não foi o suficiente.

O déficit logístico e de pessoal é sensível, mormente diante da vastidão deste Judiciário Estadual. Para se ter uma ideia, são quase 25 mil processos distribuídos, diariamente.

Então, é possível imaginar o incomensurável sacrifício que faz o juiz para equilibrar agilidade, qualidade e responsabilidade judiciária.

Quando ingressei na Magistratura e durante bons anos do meu percurso, o juiz era respeitado. Era uma satisfação pessoal enorme o exercício da judicatura, apesar dos baixos ganhos. Mas, essa situação foi se alterando. Os governos pretéritos últimos passaram a hostilizar a Magistratura, criando mecanismos capazes de reduzir a independência do juiz. O CNJ, no lugar de ser um órgão disciplinar suplementar, fiscalizador e fomentador da evolução da infraestrutura, passou a controlar cada passo inclusive da vida pessoal do juiz, exigindo relatórios que o juiz, como visto do movimento forense, não tem tempo para fazer. Ainda, retirou completamente a independência dos tribunais, em manifesta afronta ao que dispôs o constituinte originário, tantas e tão constantes que são suas intervenções nas administrações das Cortes. Resultado: pouco se evoluiu. É como querer qualidade e agilidade se os recursos humanos, no caso, os magistrados, não são valorizados. Já o STJ transformou-se num supertribunal, julgador de todo e qualquer tipo de causa. Desce a detalhes, num processo de engessamento dos demais órgãos do Judiciário que lhe vem abaixo. Era, na certa, para tratar de causas de grande envergadura nacional, mas foi ao casuísmo, tornando-se uma 3ª Instância morosa. As Cortes superiores, outrossim, precisam rever sua posição voltada ao desencarceramento, dada a situação da segurança pública no país. Como vem fazendo este tribunal, pela grande maioria de seus julgadores, medidas despenalizantes e benefícios carcerários são para crimes sem violência à pessoa e aos não hediondos.

Por sua vez, a imprensa, orquestrada, a serviço de interesses que não de ordem pública, passou a fazer campanha sistemática contra os juízes. Resultado: aos olhos do povo, o juiz, agora, é o vilão e um dos maiores responsáveis pelas

Acesso ao Sumário

mazelas nacionais. É certo que há falhas internas, inclusive de ordem pessoal. Mas, a orquestração e generalização da imprensa é avassaladora. Chegou-se ao ponto em que o juiz passa a ser questionado, com certo tom de desafio e mesmo com hostilidade, até por parentes e amigos, sobre seus ganhos e atividade. Mas, a própria imprensa e o cidadão bem intencionado bem sabem que, salvo casos isolados, a remuneração do juiz não corresponde à responsabilidade que lhe cai nos ombros, máxime se considerados os ganhos dos quadros funcionais qualificados privados e de estatais. Não falo dos juízes antigos, aos quais o Estado deixou de pagar diferenças salariais, anos e anos, de sorte a ter que fazê-lo em parcelas, atualmente, valores esses que qualquer trabalhador qualificado tem direito. Mas, sim do juiz com cerca de até 20 anos de carreira. Então, senhor Presidente, colegas, senhoras e senhores, estamos presenciando evidente processo de desmonte do Judiciário. E nem se fala aqui da situação dos servidores, que não é das melhores.

Todo esse quadro leva o juiz a um estado depressivo e de impotência. Não há qualidade de vida e de trabalho. Os órgãos superiores querem autômatos manejadores de fornadas produtoras de decisões judiciais.

Resisti, mas, não, não prossigo assim. Sempre procurei ser um juiz responsável, ágil, altivo e independente. Não posso, agora, trabalhar nessa situação ingrata, claramente delineada nos dias atuais.

Todavia, o Tribunal de Justiça de São Paulo é muito maior que tudo isso e seus membros saberão superar esse estado de coisas. Saio com a esperança de dias melhores. Vou em paz e com a consciência tranquila do dever cumprido. Deixo amigos, colegas queridos, laboriosos, cultos, a maioria bem mais do que eu. O Tribunal de São Paulo, aliás, é um exemplo e nunca esteve tão harmônico como agora. A convivência é agradável, fraternal. Não me vou de vez; estarei aqui sempre, como estudioso e, quem sabe, exercendo a profissão de meu querido pai, Hotans Pedro Sartori, culto advogado.

Agradeço todos os colegas, servidores, promotores, procuradores, com os quais trabalhei, assim como aos muitos advogados laboriosos e competentes, pelas lições que recebi. Saio outro homem. Aquele jovem idealista, inexperiente é, agora, homem maduro, experiente e realista.

Acesso ao Sumário

Obrigado, queridos amigos e colegas de Câmara, Luís Soares de Melo, Euvaldo Chaib, de quem já era revisor no antigo Tacrim, Camilo Lellis, Edson Brandão e Ivana David. Vou sentir falta da nossa agradável convivência profissional e do aprendizado que me proporcionaram. Ao prezado Luís, culto decano desta Câmara, e demais oradores, agradeço pelos encômios dirigidos a minha pessoa, mais fruto de generosidade. Senhor Presidente, senhor Corregedor, Senhor Vice-Presidente, Senhor Presidente da Seção, muito obrigado por prestigiar essa despedida. Meu agradecimento sincero e profundo

aos meus assessores Iris, Solange, Paulo, Carlos, Rafael e Jessica. Meu carinho especial e agradecimento a minha querida mulher Claudia Sartori, companheira incansável e conselheira. Dedico minha trajetória aos meus filhos queridos, Marcelo, advogado brilhante, Guilherme, empresário arguto, Sabrina, estudante aplicada, assim como a minha amada neta Luiza, todos motivo de muito orgulho. E, aos meus queridos pais, Hotans e Margarida, saudosa e doce mãezinha, o meu muito obrigado pelo que sou.

Acesso ao Sumário